

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO
MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

CONTRAPUNTO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LOS VALORES DESDE LA PERSPECTIVA DE JORGE MILLAS.

Profesor Guía: Jaime Williams Benavente.

Alumno Memorista:

Jamshid Taghizadeh Popp.

2004

INTRODUCCIÓN . .	4
BIOGRAFÍA DE DON JORGE MILLAS JIMÉNEZ. . .	8
CAPÍTULO I: ¿POR QUÉ OBLIGA EL DERECHO? . .	11
CAPÍTULO II: LOS VALORES. ³⁵ . . .	21
CAPÍTULO III: LOS BIENES Y LOS VALORES . .	23
CAPÍTULO IV: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LOS VALORES . .	26
CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. ⁵⁴ . . .	28
CAPÍTULO VI: EL DERECHO COMO VALOR . .	37
CAPÍTULO VII: LA PLASTICIDAD AXIOLÓGICA DEL DERECHO . .	43
CAPÍTULO VIII: LOS VALORES JURÍDICOS . .	45
CAPÍTULO IX: SOBRE EL CARÁCTER NO JURÍDICO DEL ORDEN, DE LA PAZ Y DE LA JUSTICIA. . .	47
CAPÍTULO X: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SU CONCEPTO . .	49
CAPÍTULO XI: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ABERRACIÓN AXIOLÓGICA DEL DERECHO . .	53
CAPÍTULO XII: SEGURIDAD ESPECÍFICA Y SEGURIDAD GENÉRICA . .	59
CAPÍTULO XIII: LOS MECANISMOS INSTITUCIONALES DE LA SEGURIDAD GENÉRICA . .	60
CAPÍTULO XIV: DE LA RESPONSABILIDAD Y DE LA UNIDAD EN LA PRÁCTICA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA. . .	68
CAPÍTULO XV: LA DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO CONTRA LOS ATAQUES QUE SE LE INFIEREN. . .	71
CAPÍTULO XVI: LAS LAGUNAS DE DERECHO. . .	74
CONCLUSIONES. . .	76
BIBLIOGRAFÍA . .	78

INTRODUCCIÓN

Este es un trabajo hecho en honor del filósofo chileno Jorge Millas Jiménez y de su obra. Constituye un análisis, desde su perspectiva, de la relación que existe entre el derecho y los valores. Relación que intentó descubrir siguiendo un método riguroso, tratando de alejarse de las ideas y concepciones preconcebidas, sin basarse en pensamientos ideológicos previos ni en modas filosóficas que estuviesen en boga, como tampoco en creencias que a la larga, sólo obnubilan la visión.

Esta investigación la consideramos importante, ya que generalmente las memorias se refieren al pensamiento de autores extranjeros o de chilenos que siguen doctrinas foráneas, olvidándose que existen en nuestro medio personajes que han forjado sus ideas, sin ser meros imitadores de modelos extranjeros, como es el caso, en filosofía del derecho, del intelectual que inspira esta memoria. Se ha dicho que Jorge Millas era kelseniano, lo cual es cierto, pero se olvida que el pensamiento del filósofo vienés es sólo su punto de partida para ir más allá y descubrir la íntima relación que existe entre el derecho y los valores; sin abandonar una perspectiva positivista, mucho antes de que diversos filósofos del derecho de fama mundial llegaran a la misma conclusión.

Lo anterior hace más interesante este estudio, ya que Millas llegó a la conclusión de que existe una íntima relación entre el derecho y los valores, partiendo, justamente, no desde el iusnaturalismo tradicional, sino que desde una perspectiva positivista; camino que se llevó a cabo tiempo después en Europa y Estados Unidos, lo cual hace de don Jorge Millas un precursor del reconocimiento que se le ha otorgado a la importancia y relación de los valores con el derecho por parte de pensadores positivistas modernos, tal como Herbert Hart¹ y sin perjuicio de considerar las nuevas corrientes que han hecho resurgir este tema, tales como el constitucionalismo de principios, o el pensamiento de neoiusnaturalistas como Ronald Dworkin o a positivistas como Robert Alexy, quienes no sólo reconocen su relación, sino que han demostrado la necesaria vinculación y función que cumplen en todos los ordenamientos jurídicos.

No obstante lo anterior, habrá que reconocer la influencia que tuvieron ciertos autores en su pensamiento; lo cual no contradice lo ya expuesto, ya que todo hombre, en cierto modo, es hijo de su tiempo. El conocimiento humano es acumulativo. Esto quiere decir que todos iniciamos nuestro camino, en pos de la comprensión del mundo, en una buena medida, a partir del conjunto de creencias y conocimientos que nos ha legado el medio en que nacimos, para, desde ahí, continuar en nuestra búsqueda de la verdad; ya sea que descubramos que lo aprendido fue correcto, en cuyo caso se confirma; ya sea viendo que era erróneo y, por lo tanto, debemos revisar el conocimiento adquirido; ya sea, en fin, dando un paso más allá de las verdades que nos enseñaron. En el caso de don Jorge Millas, él parte de los estudios dejados por los filósofos del derecho, el austriaco Hans Kelsen y el argentino Carlos Cossio para, superándolos, llegar a la conclusión que existe una íntima relación entre todo ordenamiento jurídico y los valores, que para poder comprender de manera integral el derecho hay que tenerlos en cuenta, que el único valor propiamente jurídico es la seguridad jurídica y que, al final, el derecho es un bien en sí mismo.

¹ La mayoría de los positivistas ven dicha relación como la relación existente entre los valores predominantes de una sociedad dada y el orden jurídico que la rige. Sin embargo, el autor mencionado va más allá, de una manera que se verá más adelante en el cuerpo de esta memoria. Es a estos pensadores a quienes Jorge Millas se adelanta al sostener una necesaria relación entre el derecho y los valores partiendo desde una posición positivista acerca del derecho.

Todo lo cual es sin perjuicio de criticar y hacer las observaciones que correspondan; teniendo especialmente en cuenta, que el desarrollo de la filosofía del derecho, en este ámbito, ha hecho que ciertas concepciones, tales como que las normas son una proposición, con una parte secundaria que prescribe una conducta, y otra primaria que establece una sanción para el caso de que no se cumpla la primera, o que la ley es la única o principal fuente del ordenamiento jurídico, etc., se hayan ido corrigiendo, y se hayan abandonado ideas que, ahora, resultan excesivamente simplificadoras del complejo fenómeno cultural que es el derecho. Además, veremos, cómo todavía la cultura jurídica nacional sigue ocupando los mismos supuestos que don Jorge Millas utilizó; todo lo cual demuestra, hasta qué punto, él es hijo y cuánto le debe a su época, y cómo, hasta hoy en día, continúa vigente en Chile, la misma tradición bajo la cual él nació.

Las críticas que se le harán al pensamiento de Millas, en este trabajo, aunque no se oponen al fondo de su concepción filosófica, son una forma de contribuir con nuevas perspectivas a un tema tan interesante y que dista de ser pacífico. Así, haremos notar el excesivo papel que le da a la seguridad jurídica, recalcando la importante función que ejerce la justicia en muchas instituciones que él explica, exclusivamente, como manifestaciones de aquella; fuera de investigar el origen de dichas instituciones, su utilidad y razón de ser. Además, revisaremos, desde otro punto de vista, la tradicional definición de iusnaturalismo y positivismo, viendo qué es lo que pensaban los filósofos griegos acerca de la relación existente entre los derechos positivos y el natural, y comprendiendo en qué consistía la crítica que Millas dirigía contra el iusnaturalismo. Además, daremos una nueva definición de lo que entenderemos por ser humano, veremos que efectivamente sí existen las lagunas legales e, incluso, las de derecho, y la relación que tienen los valores con ellas, y aplicaremos el pensamiento de don Jorge Millas a nuevos temas y de una manera que, quizás, no se le hubiera ocurrido. Al final, sacaremos nuestras propias conclusiones.

Podemos resumir, en fin, que este trabajo se propone:

Exponer el pensamiento de Jorge Millas acerca de la relación que existe entre el derecho y los valores;

Ver el avance actual y lo que se piensa, acerca de estos mismos temas, en el mundo de hoy;

Criticar y hacer las observaciones que se consideren necesarias, tanto al pensamiento de Millas como al de otros autores, que se refieren a estos mismos tópicos; y

Aplicar el pensamiento de Millas a nuevos temas.

Esta investigación la hemos realizado utilizando como base la segunda parte del libro “Filosofía del Derecho”, de don Jorge Millas; donde algunos de sus títulos han dado nombre a correspondientes capítulos de esta memoria. Todo lo cual es sin perjuicio de consultar y utilizar otras obras, ya sean del mismo autor o de otros, viendo lo que opinan otros pensadores acerca de estos mismos tópicos.

A lo largo de este trabajo descubriremos que el derecho está mucho más relacionado con los valores de lo que uno puede pensar a simple vista. Tomaremos, como punto de partida, los estudios realizados por Hans Kelsen acerca de la naturaleza de la norma jurídica y de su validez, pero en este camino, descubriremos que sus conclusiones se limitan a la norma en sí y no ven el orden jurídico en su totalidad. El fundamento del derecho, como un todo, está en algo externo a él, pero no en una supuesta norma categorial, como decía el maestro vienés. Este fundamento y razón de su existir se refiere a que es un bien instrumental para la consecución de ciertos valores, y veremos qué valores se relacionan con él; además de cuáles valores son propiamente jurídicos y

por qué. Una vez descubiertos, veremos los supuestos institucionales fundamentales que permiten sus existencias y la del derecho. Aquí es donde tiene su lugar la seguridad jurídica, como único valor propiamente jurídico, y su relación con otros conceptos e instituciones, tales como el Estado de Derecho y la responsabilidad. Pero antes se investigará si existen los valores y en qué consisten, cómo los reconocemos y, si el derecho es un valor, de qué clase.

No hablaremos de justicia, ni de una ideal forma de hacer el derecho. Lo único que nos interesa saber es en qué consiste y ver, entonces, si el derecho es en sí mismo un valor, y qué valores tienen relación con él.

Este trabajo no es desde una perspectiva antropológica o sociológica del derecho. Sin embargo, encontraremos algo de ellas en varias oportunidades, especialmente cuando descubramos que es un acto de voluntad el que sostiene al ordenamiento jurídico y por qué, en general, la comunidad siente el deber de "obedecer las leyes", pese a que muchas veces obligan a realizar conductas no deseadas. Lo cual proviene del hecho que el ser humano es un ser social, y que para poder vivir y desarrollarse necesita vivir dentro de una sociedad, la cual, para poder subsistir, necesita de un orden, que entre otras cosas debe asegurar las relaciones intersubjetivas entre los distintos individuos pertenecientes a la especie humana, todo lo cual sólo el derecho lo puede otorgar.

En este trabajo seguiremos la concepción que tenía Millas acerca de la "filosofía del derecho", la cual, según él, trata acerca del conocimiento de cuatro problemas que van más allá del ámbito de competencia de las ciencias jurídicas y que son:

"a) ¿Qué es el Derecho? problemas de la esencia."

"b) ¿Cuáles son, si los hay, los conceptos y principios a priori del conocimiento jurídico?: Problemas del a priori formal o gnoseológico del Derecho."

"c) ¿Cuáles son los fines, las normas ideales, los valores del Derecho?: Problemas de la axiología o estimativa jurídica."

"d) ¿Cuál es la situación y cuáles las conexiones fundamentales del Derecho en el seno de la realidad universal? Problemas de la ordenación metafísica del derecho."²

Jorge Millas define a la filosofía del derecho como "...la búsqueda de una fundamentación radical de lo jurídico en el cuádruple sentido lógico, gnoseológico, axiológico y metafísico."³ Por lo tanto, no ocuparemos la expresión "teoría general del derecho", ya que se encuentra incluida en el concepto de "filosofía del derecho" que aquí se utiliza.⁴

Unas palabras para comprender el sistema de escritura que se usará: Millas utiliza la palabra Derecho con mayúscula cuando se refiere al derecho objetivo. Esto hay que tener en cuenta para comprender cuando se le cite.

Como última explicación debe decirse que en este trabajo se parte de la base que todo los productos de la cultura (entre ellos el derecho) son creados siempre con un fin que pretenden satisfacer, se usarán las expresiones orden u ordenamiento jurídico como sinónimos de derecho, cada vez que al final de una nota a pie de página aparezca la abreviatura N. M. (nota del memorista),

² Millas, Jorge: "Filosofía del Derecho". Editorial Universitaria. Santiago, Chile. Edición de 1961. Página 69.

³ Millas, Jorge: Op. cit. página 70.

⁴ Ver Millas, Jorge: Op. cit. páginas 59 y ss. Para tener una idea general acerca de la discusión que existe en torno de este tema ver Squella Narducci, Agustín: "Filosofía Del Derecho". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1ª Edición, 2001. Páginas 139 y ss. y, especialmente, las páginas 181 a 186.

significa que el comentario ha sido hecho por el autor de esta obra, y no por el jurista de cuyo pensamiento se esté tratando.

BIOGRAFÍA DE DON JORGE MILLAS JIMÉNEZ.

Antes de comenzar esta memoria, pensamos que es necesario presentar un resumen acerca de la vida del filósofo que inspira este trabajo; a lo cual nos abocaremos en las siguientes líneas.

Don Jorge Millas fue un filósofo y poeta chileno que nació en Santiago un 17 de diciembre del año 1.917. Su padre era contador, se llamaba Emiliano Millas Recabarren, y se casó con doña María Luisa Jiménez Alvarado. Ella era hija de un combatiente de la Guerra del Pacífico y de una mujer de nacionalidad peruana, quienes se conocieron durante la ocupación de Lima, contrayendo matrimonio contra la voluntad de los padres de ella.

Del matrimonio Millas-Jiménez nacieron dos hijos: don Jorge, en 1.917, y don Fernando, en 1.919. Sin embargo, la madre de ambos falleció en 1.922, por lo que pasaron al cuidado de su abuela materna. Pero era de muy avanzados años y, pronto, también, se fue de esta vida.

En 1.926, Emiliano Millas se casa, en segundas nupcias, y se radica en San Bernardo, donde instala una farmacia. Es en el Liceo de San Bernardo donde Jorge Millas cursa sus estudios hasta 2º de humanidades, haciendo el resto, hasta sexto, en el Internado Barros Arana.

En 1.932 egresa, entrando a estudiar Derecho en la Universidad de Chile en 1.933. Paralelamente, estudió pedagogía en Historia, pero no prosperó. En 1.937 egresa de la Facultad de Derecho para entrar a estudiar licenciatura en Filosofía, también en la Universidad de Chile, a la cual entra en 1.938. Nunca se recibió de abogado, pero en ese tiempo había fundado con Nicanor Parra (Ingeniería) y Carlos Pedroza (Arquitectura) la “REVISTA NUEVA”, que presentaron como la revista de los estudiantes del Barros Arana. Es ahí donde publica sus primeras obras:

- a) “Soledad Humana y Expresión Estética”, y
- b) “La Individualidad y el Sentimiento de la Vida”.

En estas obras se nota la fuerte influencia que ejercieron sobre él Ortega y Gasset y Unamuno.

En 1.937, publica una “Carta Abierta a José Ortega y Gasset”, en la revista ATENEA, que era la revista de la Universidad de Concepción.

Trabajó como ayudante en el Internado Barros Arana, llegando a ser Profesor de Humanidades y Filosofía e Inspector de Patio.

Fue elegido presidente de la FECH en 1.938, yendo en representación de ella al “Segundo Congreso Internacional de la Juventud para Promover la Paz”, celebrado en Nueva York, en agosto de 1.938. El discurso que pronunció se publicó en 1.939, en la revista de la FECH, con el nombre “Teoría del Pacifismo”.

En 1.941 se titula de Filosofía con la tesis “Idea de la Individualidad”, con la cual ganó el concurso que realizó la Ilustre Municipalidad de Santiago para celebrar los 400 años de la fundación de dicha ciudad.

En 1.942 fallece su único hermano, con lo cual se deshace su familia, ya que nunca se entendió con su madrastra.

En 1.943 se casa con doña Silvia Germana Aburto, con quien fue a Nueva York, gracias a una beca de la Fundación Guggenheim. Estudió en la Universidad de Iowa, donde obtuvo un Master of Arts en psicología; continuando sus estudios en la Universidad de Nueva York, para terminar siendo profesor visitante en la Universidad de Columbia.

Regresó brevemente a Chile en 1.945, donde sirvió la cátedra de Historia de la Filosofía en el Instituto Pedagógico de la Universidad de Chile.

En 1.946 es contratado por la Universidad de Puerto Rico, donde permanece hasta 1.951, organizando la Facultad de Estudios Generales, la cual permanece hasta hoy. Entre el verano de 1.947 hasta el verano de 1.951 dirigió los Cursos Básicos de Humanidades de dicha casa de estudios superiores. En base a las lecciones dictadas en dicho curso, publica en 1.960 “Ensayos Sobre la Historia Espiritual de Occidente”.

A esas alturas su matrimonio se había quebrado. Su mujer continuó residiendo en Nueva York.

En 1.948, por iniciativa de un grupo de intelectuales chilenos, se le invita a participar en la “Sociedad Chilena de Filosofía”, siendo su presidente en el período 1.956-1.962.

En 1.950 falleció su padre.

En 1.952 el Gobierno de Chile le encomendó representar al país en el Congreso Interamericano de Filosofía, que se celebró en México.

Ese mismo año se integra como profesor agregado, ad honorem, a la Cátedra de Filosofía del Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, llegando a ser, pocos años después, profesor ordinario.

En 1.954 participa en la creación de la Universidad Austral de Chile, y fue miembro del Consejo Superior de ella.

También fue profesor de la Escuela de Servicio Social, de la Universidad de Chile.

Casi todos los años que siguieron representó a Chile en los Congresos de Filosofía.

En 1.960, Juan Gómez Millas, un pariente suyo, es elegido rector de la Universidad de Chile. Él creó el Departamento de Filosofía. Su sucesor en la rectoría designaría, tiempo más tarde, a Jorge Millas como director de dicho departamento, debiendo organizarlo. En su desempeño invita a personalidades extranjeras a dar charlas y conferencias y a servir cátedras. Entre ellas podemos mencionar a José Ferrater Mora, discípulo de Ortega y Gasset.

En 1.970 jubila de la Escuela de Derecho, de la Universidad de Chile, y se traslada a residir a Alto Jahuel, donde había comprado un pequeño predio agrícola.

Es recontratado como profesor en la Escuela de Derecho, pero renuncia durante el decanato de Hugo Rosende. Se radica en la Universidad Austral de Chile.

En 1.978 junto con figuras como Jaime Castillo Velasco, Máximo Pacheco y Clotario Blest, entre otros, participa en la realización de la “Comisión Chilena de Derechos Humanos”. En 1.980 forma parte de “El Grupo de los 24”, agrupación política opositora al

Gobierno Militar. En agosto de ese mismo año fue el principal orador, junto con Eduardo Frei Montalva, en el Teatro Caupolicán.

En junio de 1.981 renuncia a la Universidad Austral de Chile y, en una carta pública, la hace extensiva a todas las universidades de Chile, por considerar que la libertad docente estaba amagada por el Gobierno Militar.

Para poder vivir se dedicó a dar clases particulares de filosofía en su propia casa. Finalmente, el Cardenal Silva Henríquez lo incorpora a la Academia de Humanismo Cristiano.

En noviembre de 1.982 fallece, inesperadamente, en el Hospital del Salvador, víctima de un tumor maligno en el cerebro.

CAPÍTULO I: ¿POR QUÉ OBLIGA EL DERECHO?

Para comenzar esta investigación acerca de la relación que existe entre el derecho y los valores, según la perspectiva de don Jorge Millas, debemos ir primero al Capítulo Octavo de su libro "Filosofía del Derecho", en el cual se trata acerca del problema de la obligatoriedad del derecho.

Siguiendo la "Teoría Pura Del Derecho", de Hans Kelsen, don Jorge Millas parte del supuesto que el deber ser que expresa una norma jurídica no implica ningún elemento axiológico (o sea, valórico), sino que se trata de una determinación puramente formal de la conducta humana que consiste en que la conducta contraria a la ordenada por la norma jurídica está sancionada.

"Que una conducta 'debe ser', jurídicamente hablando, consiste en que su contraria conlleva una consecuencia determinada, una sanción preestablecida. Así se explica que... puedan coexistir el deber ser jurídico y un no deber ser moral, como ocurre con toda norma que desde el punto de vista ético pueda ser considerada como injusta."⁵

O sea, estar jurídicamente obligado significa que el sujeto de una norma está expuesto a una sanción para el caso de que su conducta sea la contraria a la que ella ordena. Un caso paradigmático de lo anterior son las leyes penales que prohíben ciertas conductas (por ejemplo el robo, el homicidio) bajo la amenaza de un castigo, o las disposiciones civiles que sancionan con la nulidad a los contratos que no cumplen con ciertos requisitos. Por todo lo anterior, se deduce que el deber ser jurídico es axiológicamente neutro, ya que es sólo una manera de determinar la conducta de los seres humanos.

Después de establecer este principio, don Jorge Millas se aboca a responder la siguiente pregunta: ¿de dónde viene la validez de una norma?

La respuesta la encuentra al descubrir la voluntad como fundamento último de validez de todo ordenamiento jurídico y de las normas que lo componen.

"En el examen que, siguiendo el análisis de Kelsen, hemos hecho de diferentes situaciones relacionadas con la génesis y la vigencia de las normas jurídicas nos ha mostrado que la voluntad, esto es, el efectivo querer de tales o cuales contenidos normativos pueden ser separados de la obligatoriedad o validez de la norma en forma tal que ésta se forma y subsiste independientemente de aquélla."

"La tesis de Kelsen es, en este sentido extrema. Para él la obligatoriedad del derecho es un carácter puramente formal, o lógico de la norma, que no tiene fundamento alguno en el querer individual o colectivo."⁶

"... La voluntad y la válida existencia de las normas son, enseña Kelsen, tan extrañas la una a la otra, que aquella puede modificarse o extinguirse por completo, sin que con ello se altere en forma alguna el deber ser jurídico. Hay casos como el del testamento, en

⁵ Millas, Jorge: Op. cit. página 188.

⁶ Millas, Jorge: Op. cit. páginas 203 y 204.

que la obligatoriedad de la norma, comienza con la extinción de la voluntad, esto es, con la muerte del testador... ”⁷

“... cierto que las normas pueden valer sin respecto a un querer que apruebe sus contenidos; más aún, pueden valer contra el querer expreso no sólo de quienes las votaron en el parlamento, sino lo que es más, contra el querer expreso de la totalidad de los súbditos, aún de aquellos que deben aplicarla. Porque, en efecto, en tanto una norma no sea derogada, vale... Y la validez deriva, naturalmente de otras normas válidas, generalmente las normas constitucionales, que disponen cómo entran en vigencia y cómo se derogan las leyes. La validez es derivativa; las normas valen porque otras normas valen; se explica entonces que... que las normas sigan obligando: obligan porque así lo disponen otras normas.”⁸

O sea, la validez de una norma deriva de otras normas válidas; y para que una norma sea válida debe estar, tanto en su contenido como en su generación, conforme a otra norma superior válida.⁹

Pero, siguiendo este camino, en que la validez de una norma proviene de otra, teniendo la validez de esta última su origen en una tercera, y así, sucesivamente, llegamos hasta las normas superiores del orden jurídico, que generalmente son la constitución, y vemos que la validez de la constitución ya no es derivada, o sea, ya no existe norma superior que pueda servir como marco de referencia para reconocer su validez¹⁰. En este punto, la validez de la constitución se confunde con su eficacia, o sea, con su real aplicación práctica.¹¹ Y para que exista eficacia, se requiere de un acto de voluntad que la quiere hacer eficaz, o sea, un acto de voluntad que quiere efectivamente su vigencia.

“Pero tratándose de la constitución, la validez ya no es derivada...: se convierte en un hecho; sólo vale en tanto que vale, es decir, en tanto que es eficaz, que se la aplica. Y esto no es posible, si no se funda en un acto de voluntad, si no se quiere efectivamente su vigencia.”¹²

⁷ Millas, Jorge: Op. cit. páginas 196 y 197.

⁸ Millas, Jorge: Op. cit. páginas 204 y 205.

⁹ Así, por ejemplo, el artículo 263 del Código Procesal Penal es una norma válida porque, por una parte, al establecer las facultades del acusado, da cumplimiento al principio de “un procedimiento y una investigación racionales y justos”, que estatuye el inciso 5º del Nº 3 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, ya que consagra el principio de “la bilateralidad de la audiencia”; y, por otra parte, porque su creación ha sido conforme a los artículos 60 y siguientes de la Constitución, que establecen el modo de formación de la ley. N. M.

¹⁰ El razonamiento que sigue es tan válido para un país con una única constitución escrita, como para el que no la tiene, como el Reino Unido de Gran Bretaña. Para efectos didácticos, lo que se quiere, es demostrar de donde pende la validez y vigencia del orden jurídico en su totalidad; lo cual no impide hacer notar la incorrección de la idea que toma a la constitución como necesariamente “la norma superior de todo ordenamiento jurídico”, ya que pueden ser norma superior tanto un grupo de leyes “simples” como un conjunto de principios consuetudinarios, lo cual se demuestra con el caso inglés, ya señalado. No obstante, hay que tener presente que Hans Kelsen, en su última versión de su obra “Teoría Pura Del Derecho” entiende por “Constitución” la o las normas superiores de un sistema jurídico determinado (que pueden ser consuetudinarias), y no el documento material al que solemos llamarlo así. N. M.

¹¹ Si no, se podría inventar un hermoso ordenamiento jurídico, como por ejemplo, uno para el planeta Urano, el cual no por eso sería un verdadero derecho. Es derecho el conjunto de normas jurídicas que se aplican, de una manera general y constante, por una comunidad jurídicamente organizada y que existe; y a las cuales, los miembros de dicha sociedad, las miran como derecho vigente. N. M.

¹² Millas, Jorge: Op. cit. página 205.

A estas alturas, se llega a la conclusión que la validez del orden jurídico va de la mano con la eficacia o validez de la constitución y que la validez de las normas va junto a la validez del orden jurídico. O sea, el acto de voluntad que permite que la constitución sea eficaz es el que permite que todo el sistema tenga validez, y esto, aun cuando no se quiera tal o cual disposición o norma jurídica.¹³

“Este querer tiene que existir para que, como condición de validez de todo el orden jurídico, ella sobreviva a sus propios contenidos. Lo que en este caso se quiere no son ya sus contenidos concretos, sino el orden jurídico que su validez hace posible: todos pueden haber dejado de querer esos contenidos, pero se sigue queriendo el orden de Derecho en general, que en ese momento pende de la validez de la Constitución”.¹⁴

Y aquí es donde llega a la conclusión final:

“De esta manera venimos a descubrir, tras de toda la estructura jurídica, como fundamento suyo inamovible, un acto de voluntad, de voluntad real: la de que haya un orden de Derecho, la de que imperen la seguridad, la paz, la justicia, la de que se realicen tales y cuales valores éticos, la de que prevalezcan estos o aquellos fines políticos y económicos. Es claro que este querer no necesita ser precisamente de los súbditos, ni de todos ellos ni de una mayoría ni de una minoría. Podemos teóricamente concebir un Estado... en que los gobernados no tengan injerencia alguna en la formulación del Derecho escrito... Pero en este caso tampoco flotaría en el vacío volitivo porque se apoyaría en la voluntad del autócrata, fundamento volitivo real de todo el orden jurídico.”

“Claro que nada nos impide llevar teóricamente el problema al caso límite extremo: que la idea misma de un orden de Derecho no sea ya querida por nadie, que la totalidad de los miembros de una comunidad estatal abroguen toda norma, aún las constitucionales y no quieran sustituirlas por ninguna. Mas este caso... no hace sino probar nuestra tesis sobre el fundamento real volitivo del Derecho: porque entonces, justamente en la medida en que ha desaparecido todo querer normativo, ha desaparecido también toda ordenación prevista... Sólo hay Derecho ahí en donde existe un querer fundamental tácito de alguna forma de orden jurídico.”¹⁵

¹³ Un caso que ejemplifica esto es el del artículo 394 del Código Penal chileno, que establece la misma pena del homicidio simple, a los ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las 48 horas, contadas desde el parto, matan a su descendiente, cometiendo el delito de infanticidio; el cual, puede tener un motivo que lo haga menos reprochable, o puede ser cometido por las más bajas y viles razones. Este delito fue tomado de la legislación española, donde la intención era atenuar la pena a la mujer que por causa de honor mataba a su hijo inmediatamente después del parto; consideración que no tomó en cuenta el legislador chileno, quien, además, extendió este horrendo privilegio a los ascendientes paternos, quienes, en general, no tienen esta razón para cometer este crimen. En este caso, la doctrina unánimemente ha dicho que tal como está formulada la disposición en el Código es sin sentido y crea un privilegio a favor de los ascendientes que no tiene razón de ser. Sin embargo, han pasado más de cien años y no se ha modificado la norma; y pese a este acuerdo que existe, si el día de mañana, ocurriera un caso de este tipo, nadie dudaría en que la pena que se debe aplicar es equivalente a la que existe para el homicidio simple. Ver Etcheberry, Alfredo: Derecho Penal. Tomo Tercero. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Tercera edición, 1997. Páginas 76 a 78. Ver también Politoff, Sergio; Grisolia, Francisco; Bustos, Juan: Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Tercera Edición, 1993. Páginas 106 y 107. Sin perjuicio de lo anterior, se podría considerar inconstitucional el artículo en referencia, ya que atentaría contra el principio de la igualdad ante la ley, consagrado en el N° 1, inciso 1°, del artículo 19 de la norma fundamental. N. M.

¹⁴ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 205 y 206.

¹⁵ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 206 y 207.

Ya se ha visto, que la razón de la validez del orden jurídico se encuentra fuera de él, ya que su validez se confunde con su eficacia y el orden jurídico se sostiene por la voluntad efectiva de un pueblo, de una clase, de un partido y aun de un autócrata que quieren tal orden, tal justicia, tal política; de la misma forma, la razón del por qué obliga el derecho se encuentra fuera del orden jurídico.

Kelsen, en un formalismo extremo, ha creado, para poder responder la pregunta ¿por qué obliga el derecho?, una norma categorial, un supuesto indispensable y a priori que sirve de base a todo el sistema,¹⁶ que es el principio “obedece al primer legislador”. Sin embargo, aun si existiera este supuesto, cabría la pregunta ¿Por qué debemos obediencia al primer legislador?

Esto es suficiente para que uno se dé cuenta que la respuesta ya no se puede encontrar en el orden jurídico y que se sitúa más allá de él.

Don Jorge Millas dice:

“Kelsen ha detenido su análisis en este punto, en perfecta consecuencia con el método de su Teoría Pura, el cual exige la explicitación de lo jurídico en elementos estrictamente jurídicos. La norma fundamental le permite alcanzar el límite de esta exigencia, pues si ella no es una norma positiva, pertenece al orden jurídico como ingrediente necesario de su estructura...”

“Pero si el método formal o puro se detiene en ese límite, nuestro pensamiento tiende a traspasarlo. La filosofía... es el ejercicio del pensamiento en el límite... aún es posible preguntarse ¿por qué obliga la norma categorial?, ¿por qué debemos obediencia al primer legislador?”

“... Podemos aceptar que cada norma obligue porque, en última instancia, obliga la totalidad del orden jurídico. Pero la razón de la obligatoriedad del orden jurídico mismo ya no puede ser jurídica, y lo trasciende: el Derecho no puede fundar su propio deber ser. Su fundamento se encuentra, realmente, en cosas extrajurídicas, en qué cosas? (sic) Es evidente que el fundamento... no se halla en el poder que lo sustenta. El poder es condición esencial del Derecho; el derecho, es una modalidad específica del poder. ...el deber ser jurídico... supone la posibilidad del acto coactivo; jurídicamente hablando una conducta debe ser en tanto y en cuanto el trasgresor es objeto potencial de una acción del poder público. ...Podemos decir, es claro, que desde el punto de vista psicológico el Derecho es obedecido porque tememos al poder o porque no estamos en situación de resistirlo. Ya esto no es absolutamente exacto, pues frecuentemente el temor del poder no cuenta entre las motivaciones que nos llevan al acatamiento del orden jurídico. Pero aún (en ese caso)... no tendríamos resuelta la cuestión de la obligatoriedad de éste último. Pues la pregunta ¿por qué obliga el derecho? no indaga por la causa, en sentido fenoménico, sino por el fundamento en sentido espiritual. Es cierto que nos sentimos forzados a acatar el derecho, en cuanto tememos a las consecuencias... más es cierto también que nos sentimos al par obligados a acatarlo. Y es esta obligación la que no podemos identificar con los efectos psicológicos del poder.”¹⁷

Nuestro autor, unas líneas más adelante, llega al fin del asunto:

“... Eliminado el criterio psicológico, no nos es ya tan difícil dar con la respuesta, sobre todo si comprendemos rigurosamente la naturaleza de la obligación a que nos referimos. Esta obligación supone exigencia ordinaria evidente por sí de obrar de cierta

¹⁶ Como los cinco principios que sirven como punto de partida y base de la Geometría Plana de Euclides. N. M.

¹⁷ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 208 a 210.

manera; exigencia que, con ser plenamente objetiva, con aparecernos como una instancia dada o propuesta independientemente de toda arbitrariedad o creación subjetiva, es plenamente nuestra en cuanto comprendida y aceptada por nosotros, en cuanto convertida en verdadera determinación autónoma de nuestra voluntad. Pero esta modalidad de lo obligatorio es, precisamente, la de los valores; valores llamamos, en efecto, a ciertas entidades que reclaman, sin otro título que la evidencia, su realidad plena y nuestra incondicional adhesión.”¹⁸

En otras palabras, debemos acatar el Derecho porque es evidente, de una manera objetiva y no impuesta, que es un valor.

“El derecho 'in toto'... nos obliga por consiguiente, en cuanto es él mismo un valor, en cuanto en su esencia reside un imperativo axiológico. Es decir, que debemos acatar al Derecho porque el derecho es un bien. ...el imperativo que nos obliga a acatar el Derecho en cuanto Derecho, es un imperativo axiológico. En la base del orden jurídico, más allá de la norma categorial (que es todavía jurídica), aparece la norma extrajurídica ‘es bueno respetar el Derecho’, o también ‘el Derecho es un valor’.”¹⁹

COMENTARIOSCAPÍTULO I: ¿POR QUÉ OBLIGA EL DERECHO?

A. La Relación Existente Entre El Derecho Y Los Valores.

La idea de este capítulo fue demostrar que los valores no son ajenos al derecho, y que al contrario, él es una especie de valor.

Primero, se demostró que el orden jurídico existe gracias a un acto de voluntad, y que este acto de voluntad, como principio de existencia, vigencia y validez de las normas y del orden jurídico, en general, lo sostiene gracias a que ve en el derecho una especie de valor.

Pero además de esto, hay que decir que si todos sentimos el deber axiológico de acatar al derecho es porque también sentimos que el derecho es algo bueno que se debe cumplir. Este deber supone una exigencia objetiva y evidente por sí misma de actuar de cierta manera; independiente de toda arbitrariedad o creación subjetiva. Para Millas, esta modalidad de lo obligatorio es la de los valores, los cuales son ciertas entidades que reclaman, sin otro título que la evidencia, su realidad plena y nuestra incondicional adhesión. O sea, debemos acatar el derecho porque es evidente, de una manera objetiva y no impuesta, que es un valor.

Una posible respuesta, para la cuestión del por qué debemos obediencia al derecho, es decir que la obligatoriedad del Derecho se funda en el poder que lo sustenta. Esta teoría tiene a su favor el hecho que el Derecho es una manifestación del poder y desde su base lo presupone para poder existir. Además, uno ve que las personas, muchas veces, obedecen las normas porque temen a la sanción que pueden recibir; pero, sin embargo, no es siempre el temor el que nos lleva a acatar el orden jurídico.

Es interesante ver que aunque las personas y el público, en general, conocen poco acerca de las leyes, sin embargo, cuando se produce una situación injusta, no responsabilizan al Derecho de sus males. Si alguien es culpable de una norma injusta pueden ser el gobierno, los poderes fácticos, los políticos, quienes pueden cambiar las leyes y no tienen la voluntad de hacerlo, en fin, quienes detenta el poder; pero jamás el problema proviene de la existencia del Derecho en sí. A lo más, se entiende que se le

¹⁸ Millas, Jorge. Op. cit. página 210.

¹⁹ Millas, Jorge. Op. cit. página 211.

está dando un mal uso.²⁰ La expresión “ojalá nunca existieran las leyes” en el fondo apunta más al problema de la necesidad que tenemos de ellas que a que el Derecho sea un mal en sí. Es asunto de ver que, psicológicamente hablando, no se considera injusto pagar los impuestos, y que sí lo sea entregar, ese mismo dinero, a un asaltante.²¹ O sea, todos aceptan el deber de acatar el Derecho, pese a que impone, muchas veces, cargas que las personas no desearían llevar. La respuesta a este dilema lo da Jorge Millas, reconociendo en el Derecho una especie de valor.

El objetivo de los próximos capítulos será demostrar, siguiendo a Jorge Millas, que los valores existen, investigar qué es un valor, qué es un bien, por qué el Derecho es un bien y a qué clase de bienes corresponde.

B. Idea De La Constitución Como Norma Superior.

Como lo hicimos en su momento, criticamos la idea de que la constitución sea la norma superior de todo derecho. Como vimos, la(s) norma(s) fundamental(es) pueden ser tanto de rango legal o consuetudinaria. Durante siglos, la humanidad vivió en tal estado y no por eso no tenían ordenamientos jurídicos. El derecho romano llegó a un gran desarrollo y perfección y no necesitó para ello contar con una constitución. Una cosa es que modernamente se tenga como un ideal que en la cima de todo ordenamiento jurídico deba existir una constitución donde se consagren los derechos fundamentales, la forma de gobierno y, en general, los fundamentos del estado; y otra es que sea un elemento, ni siquiera de la naturaleza, sino accidental, de todo ordenamiento jurídico, tanto histórico como moderno. Históricamente hablando, la idea de tener una constitución como norma superior comenzó en 1.787, con la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, y de allí se extendió al resto del mundo. Es asunto de ver, como ejemplos de estados sin constitución en los últimos tiempos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la España franquista; y nadie diría que Gran Bretaña es un país sin ley ni orden, al contrario, el estado de derecho existe y opera a la perfección. En dicha nación se tiene como normas supremas a la costumbre jurisprudencial desde la Carta Magna (1.215) en adelante, además de ciertos documentos como la misma Carta Magna, The Bill of Rights, etc. En el caso de España, durante el gobierno de Francisco Franco, existían las que se llamaban “Leyes Fundamentales”.

La idea de “la constitución” como la norma superior del ordenamiento jurídico la saca Millas de Kelsen, quien, en la última versión de la “Teoría Pura Del Derecho” dice:

“... Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo. ...La constitución material puede estar formada también en parte por normas escritas, y en parte, por normas de un derecho no escrito, producido consuetudinariamente.”²²

²⁰ Lo cual no obsta a que existan posiciones más radicales, como la anarquista, pero son una minoría. N. M.

²¹ Si se dice que tal impuesto es un robo es, o porque es excesivamente alto, o porque se destinan sus fondos a quienes no deberían recibirlo; lo cual no apunta a la institución en sí. Los impuestos son, a lo más, un mal que hay que tolerar para que pueda subsistir la sociedad. Ver Hart, Herbert: “El Concepto de Derecho”. Editorial ABELEDO-PERROT S.A. Argentina. Segunda Edición (Reimpresión). Año 1.977. Páginas 23 y ss.. para ver la crítica a la idea de que la norma es una orden coercitiva; y páginas 63 y ss. para ver el tema de la vivencia del derecho como hábito de obedecer.

²² Ver Kelsen, Hans: “Teoría Pura Del Derecho”. EDITORIAL PORRÚA. México. Décima Edición, 1.998. Páginas 232 y 233.

Todo lo anterior no obsta a que, en esencia, el razonamiento de Jorge Millas siga siendo válido, aunque lamentamos que, muchas veces, los autores caigan en este tipo de imprecisiones.

Observamos, también, que Millas se basa en el concepto kelseniano de que toda norma jurídica es una conducta seguida de sanción para el caso que se realice su contraria. El jurista vienés identifica dos clases de normas: una norma secundaria que dice que dada cierta situación se debe realizar algo, y otra primaria, la cual ordena que si no se realiza dicho deber se debe sancionar de tal manera.²³ Así, por ejemplo, si alguien ve un objeto perdido, no se lo puede apropiarse. Ésta sería una norma secundaria. Si se lo apropia, debe ser sancionado. Ésta es la norma primaria. Ahora bien, la norma primaria es la más importante, siendo incluso posible crear un ordenamiento jurídico a base de puras normas primarias, ya que las secundarias se pueden deducir de ellas. Así, si la ley dice que el que se apropia de un bien perdido recibe una sanción, se puede deducir que está prohibido apoderarse de cosas perdidas.

Sin embargo, para Carlos Cossio, la estructura lógica de la norma es disyuntiva ya que si ocurre un hecho se debe una prestación, o si dicha prestación no se cumple, el funcionario debe aplicar una sanción. Según el ejemplo: nadie puede apoderarse de un objeto perdido, o sino el juez debe sancionar al infractor.²⁴

Jorge Millas rectifica la estructura lógica de la norma jurídica según Cossio, en el sentido de que ella es una coordinación conjuntiva de dos proposiciones hipotéticas y no disyuntiva. Es que, a su juicio, la norma prescribe simultáneamente dos tipos de deber jurídico: el de realizar una prestación y el de aplicar una sanción. O sea, no se puede apropiarse de un objeto perdido y si alguien se apropia el juez debe sancionar al infractor. Esto último es la verdad, ya que la norma está compuesta de dos deberes, uno dirigido al súbdito y otro al funcionario, no siendo disyuntivos dichos deberes, sino que coexisten, ambos, al mismo tiempo.²⁵

Millas critica la idea de Kelsen de que la fase secundaria de la norma es superflua, ya que va implícita en el sentido de la primaria; debido a que es fundamental al investigar el pensamiento ínsito de la norma, o sea, el sentido que ella lleva.²⁶

Pero también Herbert Hart critica a Kelsen sosteniendo que existen normas que no pueden ser reducidas a dicha estructura: las normas que confieren potestades públicas o privadas y establecen sus procedimientos. En la nomenclatura de Hart el Derecho se compone de dos clases de reglas: primarias y secundarias.²⁷ Las primarias son las que imponen deberes y están dirigidas, principalmente, a los súbditos. Las secundarias, por su parte, se refieren o remiten a las primarias y son de tres tipos: *reglas secundarias de reconocimiento* (que permiten determinar cuándo una norma primaria pertenece al ordenamiento), *reglas secundarias de cambio* (las que establecen los procedimientos para crear, modificar o derogar reglas primarias) y las *reglas secundarias de adjudicación* (que

²³ Ver Kelsen, Hans: Op. cit. páginas 76 y ss.

²⁴ Cossio, Carlos: "Teoría Ecológica Del Derecho Y El Concepto Jurídico De Libertad". Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Argetina. 1.944. Página 191.

²⁵ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 136 y ss. y especialmente las páginas 142 y 143.

²⁶ Millas, Jorge. Op. cit. página 139.

²⁷ Hart, Herbert. Op. cit. páginas 33 y ss. Para un resumen de este tema, ver también Williams, Jaime: "Lecciones De Introducción Al Derecho". Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta Edición, actualizada (2003). Páginas 87 a 92.

son las que establecen los órganos y procedimientos en virtud de los cuales se determina, en los casos concretos, si se ha infringido una norma primaria).

Las reglas primarias tiene la estructura que Kelsen da a las normas jurídicas. Pero para Hart, es una simplificación inaceptable sostener, como lo hace Hans Kelsen, que las normas que él llama reglas secundarias valen en la medida que se relacionan con otras normas, cuya sanción a su incumplimiento sería la nulidad; o que se tratan de fragmentos de normas jurídicas mayores que poseen sanción coactiva. Un ejemplo del primer caso, sería la norma constitucional que establece que la ley solo puede ser generada a través de una serie de actos en que participan las cámaras del Congreso Nacional y el Presidente de la República. Si un particular dictara una norma catalogándola de ley, la sanción sería la nulidad. Un ejemplo del segundo caso serían las normas permisivas, las que sólo se entenderían en relación con disposiciones prohibitivas, a las cuales limitan. Nosotros estamos de acuerdo con la posición de Hart, ya que hay normas que entregan una determinada competencia a un órgano, o que definen, para efectos jurídicos, una palabra, o que interpretan otras normas, etc., las cuales son difíciles de explicar si uno sigue la postura de Hans Kelsen; además de que ella simplifica excesivamente la forma y función de las normas.

También es discutible hasta qué punto todo ordenamiento jurídico sólo se compone de normas (las que serían una especie de unidad básica) y no de principios jurídicos que inspiran al sistema.²⁸ Por ejemplo, nuestro ordenamiento se remite a ellos en el artículo 24 del Código Civil, y en general, todos los ordenamientos jurídicos protegen y se basan en los principios de la buena fé, de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, de que quien produce un daño debe repararlo, quienes se encuentran en una misma condición deben recibir el mismo trato, etc.

Además, la idea de que el derecho es una pirámide invertida, en que la constitución, las leyes, los decretos, etc., serían los escalones de ella, ya se encuentra superada. Todo ordenamiento jurídico es como un “árbol”, donde cada rama es una norma, saliendo cada rama de otras completamente distintas unas de otras. Así, por ejemplo, en el derecho chileno, sucede que un decreto que ordena indultar a un reo rematado, debe estar conforme, en su contenido, con la Ley N° 18.050 que “Fija Normas Generales Para Conceder Indultos Particulares”, la cual lo está con la Constitución. Pero la autorización para decretar un indulto está entregada tanto por dicha ley como directamente por la misma Constitución. Otro caso: cuando el Presidente de la República dicta un reglamento ejerciendo su potestad reglamentaria autónoma, la fuente que tanto le otorga competencia, y por tanto, la validez de dicho reglamento, es directamente la Constitución Política de la República, y no una norma legal, por lo que la pirámide de Kelsen, en la cual se pasa de escalón en escalón, resulta insuficiente para explicar este “salto” que va directamente de la constitución al reglamento.

Además, una norma puede ser generada de acuerdo a otra norma y estar conforme, en su contenido, con una tercera. Puede también ser generada y estar conforme, al mismo tiempo, con dos o más normas. Tal es el caso, ya visto, del decreto dictando un indulto, el cual tiene como fuente de generación y de determinación de su contenido tanto a la Constitución como a la Ley Sobre Indultos.

Otro punto es que la existencia de una hipotética “norma fundamental” vale solo para efectos de una exposición lógica del derecho, al tener que ir a buscar un principio o razón que de base al deber de obedecer a un determinado ordenamiento jurídico. Ella cumple para la fundamentación de un orden jurídico, desde un punto de vista lógico, una función

²⁸ Ver Dworkin, Ronald: “Los Derechos En Serio”. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. Cuarta Reimpresión, marzo 1.999. Págs. 61 y ss.

como los cinco principios de la Geometría de Euclides; ya que éstos son necesarios para crear dicho sistema geométrico.²⁹ Pero hay que tener presente que para efectos prácticos, ella no es necesaria, ya que el derecho es un hecho de la vida real, que se encuentra respaldado por todo un aparato coactivo y por una voluntad que desea que perdure, que hacen que aunque uno no lo desee, debe cumplirlo.

C. Relación Temporal De Jorge Millas Con Pensadores Positivistas Del Siglo XX Que Descubren Una Relación Entre El Derecho Y Los Valores.

Jorge Millas realiza su descubrimiento, acerca de la necesaria relación que existe entre el derecho y los valores, de forma independiente, en la segunda mitad de la década de los cincuenta; por lo que dicha idea la tuvo antes de que el positivista Hart reconociera que debe haber, en todo ordenamiento jurídico, un “contenido mínimo de derecho natural”³⁰ en su obra “El Concepto De Derecho”. La versión más antigua que tenemos de la obra fundamental de Herbert Hart, “The Concept Of Law”, es una edición de la Oxford University Press de 1.961; por lo que pensamos que es difícil que las obras de Hart, o sus pensamientos, llegaran al conocimiento de Millas.

Tampoco existe antecedente alguno que dé a entender de dónde o de quién habría sacado su idea, siguiendo un camino fiel al positivismo kelseniano, de que detrás de todo ordenamiento jurídico hay una voluntad que lo desea sostener, ya que ve en el un bien valioso. Por lo tanto, lo único que podemos concluir es que Millas, en cuanto a descubrir la íntima relación entre el derecho y los valores, se adelanta a la revolución que iba a producir Hart, en la filosofía del derecho, al reconocer la existencia de un “Contenido Mínimo del Derecho Natural”. O sea, que el derecho y la moral deben cumplir con un contenido valórico específico para que puedan cumplir sus objetivos, aunque dicho contenido mínimo no es razón de su validez.³¹ Un ejemplo de esto es que para que una sociedad pueda sobrevivir, debe limitarse el derecho de dañarse corporalmente entre sus miembros. Quizás Millas no dice esto, pero al igual que Hart establece que, necesariamente, detrás de todo ordenamiento jurídico debe existir un conjunto de valores.

Es del caso hacer notar otros estudios, que aunque no llegan al resultado antes visto, demuestran la relación que existe en la práctica entre el derecho y los valores; especialmente en cómo influyen en las sentencias judiciales. Alf Ross acepta que los jueces muchas veces fallan siguiendo una conciencia jurídica material, y Carlos Cossio declara que los jueces realizan una valoración judicial.³²

Sin embargo, hay que hacer notar, que Carlos Cossio se adelanta de alguna manera a Millas, y si no dice que el derecho sea un valor en sí, reconoce que los valores son parte del derecho y que todo ordenamiento jurídico tiene un sistema de valores:

“Lo que importa considerar en éste como en todos los casos de valoración de la ley, es que la valoración de orden, de seguridad, de justicia, etc., es inmanente y no trascendente a la ley; que está dentro de ella y no afuera.”³³

²⁹ Ver Kelsen, Hans: Op. cit. páginas 208 y ss.

³⁰ Dicha idea se explicará en el Capítulo V de esta memoria.

³¹ Herbert Hart: Op. cit. págs. 239 y ss.

³² Ver Ross, Alf: “Sobre El Derecho Y La Justicia”. Editorial Universitaria De Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. Quinta Edición, abril de 1.994. Páginas 54 y ss. y 82 y ss. Ver también Cossio, Carlos: Op. cit. págs. 72, y 75 y ss.

³³ Cossio, Carlos: Op. cit. pág. 79.

“Para la Teoría egológica la dificultad se resuelve con suma sencillez, pues si la ley es sólo un concepto normativo que representa cierta conducta y si la conducta como tal se conoce por comprensión, es claro que la valoración jurídica es inmanente a la ley y siempre –no ya ocasionalmente- está dentro de ella integrando el conocimiento conceptual que ella da.”³⁴

Nos preguntamos hasta qué punto influyó Cossio en Millas para que éste diera el paso para reconocer en el derecho un valor.

³⁴ Cossio, Carlos: Op. cit. pág. 80

CAPÍTULO II: LOS VALORES.

En este capítulo nos referiremos a la existencia de los valores, en qué consisten y qué son los bienes.

"...Hemos visto, en efecto, que el último fundamento... de la totalidad del orden jurídico, es de naturaleza axiológica: el derecho nos obliga en tanto y en cuanto es el medio por el cual perseguimos la realización de ciertos valores. Y esto significa que el Derecho mismo es un bien, que vale, que debe ser. La Filosofía del Derecho viene así a convertirse en axiología (sic) jurídica, con dos capitales tareas a la vista: a) la de comprender el derecho como valor y b) la de investigar los valores que cumple realizar al Derecho.

... Procedamos, pues, prudentemente y averigüemos, primero, qué podemos saber de los valores en cuanto a tales."³⁶

Para entender qué es un valor, don Jorge Millas no se vale de conceptos, sino que parte de la experiencia cotidiana:

"... La situación más sencilla y común es aquella en que nos encontramos cuando frente a ciertas cosas descubrimos un vínculo peculiar que nos aproxima a ellas, que nos lleva a destacarlas entre todas las otras, y que llamamos el interés, si pensamos en el movimiento de nuestro ánimo hacia ellas o la atracción si pensamos en el tirón con que ellas arrastran nuestro ánimo".³⁷

Por ejemplo, que entre los animales de una exposición, veo un caballo. Pero ese animal tiene algo más que su "neutra condición caballuna", pienso que ese animal es hermoso.

Si quiero, puedo decir: este animal es un caballo.

Pero también puedo decir: este animal es hermoso.

"La primera proposición expresa pura y simplemente el ser del animal, lo que es... La segunda proposición, en cambio, junto con describirlo lo califica, declarando una cualidad suya; o mejor aún, lo valora, lo mienta como valioso, y lo pone así, de inmediato, en relación con un sujeto capaz de valorar".³⁸

Es común la opinión de que esta última clase de juicios no se refieren al ser de las cosas, lo que es falso, ya que no existe diferencia entre decir que este caballo es blanco o que este caballo es hermoso. Ambos juicios declaran cualidades y, por consiguiente, el ser de las cosas.

35

Ver también Millas Jiménez, Jorge: "Idea De La Filosofía". Tomo I. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 1.970.

Páginas 86 y ss.

³⁶ Millas, Jorge: "Filosofía del Derecho". Página 212.

³⁷ Millas, Jorge: Op. cit. página 215.

³⁸ Millas, Jorge. Op. cit. página 216.

“Al expresar que tal cosa es noble o que es vulgar, significamos que su ser tiene una consistencia determinada, que la nobleza o vulgaridad radican en su constitución”.³⁹

Pero al decir “este animal es precioso”, además de describir la realidad, se expresa que este animal debe ser estimado o preferido por hermoso. Por lo tanto, los juicios estimativos junto con declarar el ser de las cosas se refieren al deber ser y declaran el valer. Pero esta referencia al valer es siempre específica: este animal es hermoso, este acto es justo, etc. Si se observa bien, este juicio significa también que esta cosa realiza un deber ser ideal específico, el deber ser de una instancia suprema, como la belleza, la justicia, etc.

Pero entonces, ¿qué son los valores?

“Frecuentemente se dice que ‘los valores no son sino que valen’, expresión que carece de todo sentido, porque lo que ‘no es’ no puede ser ni siquiera pensado, ni mucho menos constituir objeto de investigación sistemática como los valores. No. Los valores son: tienen una esencia, una estructura susceptible de ser descrita. La justicia, la verdad, el bien, la amabilidad pueden incluso, definirse según notas específicas. Lo que sucede es que, a diferencia de otras esencias como la redondez o la velocidad también valen, esto es son esencias que se ofrecen con un requerimiento de realización, de preferencia, como una exigencia de primacía, en suma, como un deber ser. Diremos, por eso, que los valores son posibilidades de ser (esencias) que se dan a la conciencia con la exigencia de ser realizadas y estimadas.”⁴⁰

COMENTARIOS AL CAPÍTULO II: LOS VALORES

Este capítulo es importante porque da un primer paso al demostrar que los valores existen, pese a no tener una realidad material, y que si el sentido común nos hace creer que son algo, no es un engaño y que realmente existen. Los vemos a través de las cosas concretas, una vez realizado un proceso de abstracción mental. Ya el mero hecho de hablar de “los valores”, en plural, significa que unos difieren de otros, y la única manera de que pueda ocurrir esto es porque realmente son algo. Los valores son, tienen una esencia, una estructura susceptible de ser descrita, pueden ser definidos. Esto puede sonar lógico, pero es necesario, ya que si hemos llegado a la conclusión de que el derecho es un valor, es necesario demostrar que los valores efectivamente existen, fuera de dar una definición de qué entendemos cuando hablamos de ellos.

Es necesario destacar que aquí no nos interesa introducirnos en una discusión acerca de los valores, si existen, si los podemos conocer, si son una creación subjetiva de nuestras mentes o si existe una regla objetiva para poder conocerlos o si siquiera podemos tener alguna clase de conocimiento objetivo de ellos. Tampoco es lo que persigue este trabajo. Por lo tanto, simplemente seguiremos a don Jorge Millas.

También es importante que los hayamos definido como esencias, ya que son posibilidades del ser de las cosas (ejemplo: un animal puede ser hermoso pero también puede ser feo); y sin embargo, a diferencia de otras esencias como la redondez o la velocidad, valen. Esto puede sonar obvio, pero significa que detrás de ellos existe una exigencia, un deber de ser estimados y de ser realizados (como que una persona debe ser generosa y no avara).

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 216 y 217.

CAPÍTULO III: LOS BIENES Y LOS VALORES

En este capítulo veremos qué son los valores, cómo podemos percibirlos y cómo podemos saber acerca de su existencia, que no es sino a través de cierta clase de cosas a las que llamamos bienes.

“... nada debe quedar dogmáticamente presupuesto en esa noción tocante a la naturaleza, origen y función de los valores; y todo lo que ella en tal sentido presuponga, requerirá especial fundamentación metafísica, lógica y empírica. Más aún, la plena inteligencia de esa noción está supeditada al análisis de esos problemas. Conviene, por tanto, que nos avoquemos a ellos.”

“Pues bien, una primera cuestión que ha de ponerse en claro es que esta noción se refiere a los valores y no a las cosas valiosas, ni siquiera al poseer de valores por las cosas.”

“Valores y cosas valiosas, son evidentemente cosas distintas. Las cosas valiosas son las realidades en las cuales reconocemos la presencia de un valor, los entes concretos que valen específicamente como justos, bellos, buenos, útiles, agradables, porque en ellos se realizan esas posibilidades de ser que llamamos justicia, belleza y bondad, etc. La nomenclatura filosófica ha patentizado esta diferencia introduciendo el vocablo bienes junto al de valores, para designar con la primera palabra las cosas valiosas, los entes concretos portadores de valor.”⁴¹

Ahora, para ubicar los valores, hay que primero saber que todo ente pertenece a una de las dos modalidades del ser: el real o el ideal.

“... El ser- hemos visto anteriormente- es el más universal de los conceptos y constituye, a la par que el marco lógico, el ámbito metafísico en que se da todo cuanto pensamos, sea verdadero o falso, real o imaginario, bueno o malo. Todo cuanto definimos lo definimos en el ser, en función del ser, puesto que decimos esto es aquello y lo de más allá.”⁴²

“Ahora bien: todo ente, sin excepción ninguna, tiene una de estas dos modalidades del ser: es real o es ideal exhibe la realidad o la idealidad como modos de ser. El ente real es el ente existente, que tiene existencia y que, por lo mismo es susceptible de una plena identificación metafísica en cuanto ser individual; y esta identificación puede hacerse localizándolo en el espacio, o en el tiempo⁴³, o en el espacio y el tiempo a la vez. Aún más: el ente real es miembro del sistema de las interacciones causales, y por tanto, origen actual o potencial de cambios de esas interacciones.”⁴⁴

Son tipos de estos entes, por ejemplo, las manzanas, las vacas, las sensaciones, los sentimientos, etc.

⁴¹ Millas, Jorge: Op. cit. página 218.

⁴² Millas, Jorge: Op. cit. página 219.

⁴³ Los sentimientos como el amor o la angustia no se puede decir que están en tal parte del organismo, pero se dan en un tiempo dado. N. M.

⁴⁴ Millas, Jorge: Op. cit. página 220.

“El ente ideal no tiene, en cambio, existencia, pero como tiene ser (y por eso es ente) puede ser pensado, intuido, descrito en el juicio, determinado en sus propiedades. En contraste con el ser real, se ‘halla’ fuera del orden del tiempo y del espacio, y no puede, por eso, individualizarse, determinarse por un aquí (como las cosas físicas) o un ahora (como los fenómenos psíquicos); además el ente ideal está fuera del sistema de las conexiones causales; ni actúa, ni es objeto de acción, no es efecto ni causa, no es origen ni término de procesos modificatorios del sistema del mundo.”

“... no duran, no crecen, no nacen ni se extinguen, no tienen cualidades físicas ni psíquicas, no están ligados por relaciones causales, no se engendran ni modifican entre sí, y que, no obstante, poseen ser, son algo, puesto que pueden ser pensados. Y son, en efecto, hasta tal punto, que hay ciencias enteras que se ocupan de ellos; tales, por ejemplo, la matemática y la lógica. Y es que estos entes ideales, aunque no tienen ente sí relaciones de causalidad espacio-temporal forman orden constituido por un sistema de relaciones necesarias de carácter lógico; no se causan entre sí, pero se implican o se excluyen, según leyes perfectamente determinables. ... si es cierto que no están ni en el tiempo ni en el espacio y que no existe, tienen una estructura de ser, una consistencia que se da al pensamiento con plena objetividad, y que permite constituir ciencias sobre ellos. Por ejemplo, los entes u objetos igualdad y relación no son reales... pero son, y con tanta objetividad que pueden ser distinguidas, descritas en sus propiedades, y objetos de las ciencias matemáticas y lógicas. Y si no están ligadas por relaciones dinámicas lo están por relaciones lógicas de implicación. ...”

“... este contraste entre ente ideal y ente real es también el contraste entre esencia y existencia de la filosofía tradicional, y que la diferencia es puramente terminológica. Los entes ideales son verdaderamente, las esencias...: el ser ideal es la propiedad fundamental de la esencia. Y la esencia es la posibilidad genérica, universal, del ser de algo; la ley objetiva de todas las posibles variaciones que pueden afectar el ser de algo, sin que deje de ser lo que es.”

“Imaginemos una mesa real, procedemos en seguida a modificar en la fantasía su tamaño, su color, su situación, su forma, su calidad material. Tenemos así una serie prácticamente infinita, de modos posibles del ser de la mesa, que no afectan, sin embargo, ese ser mesa que la caracteriza; ...”⁴⁵

Esto es, su esencia.

“... los valores, en cuanto posibilidades de ser de una cierta manera las cosas, son esencias, ente, ideales, en tanto que los bienes, casos singulares de esas posibilidades de ser que son los valores; son existentes, realidades.”⁴⁶

De lo anterior, se puede concluir que:

“... El valor constituye, ... una modalidad del ser... Si de los valores sólo pudiera decirse que valen, no podría hablarse, siquiera de ellos en plural, pues ya el plural implica intuición diferencial de esencias. Y evidentemente, cuando hablamos de la justicia y la belleza, por ejemplo, no sólo intuimos su valer, sino también que son algo diferente.”⁴⁷

O sea, valores son una posibilidad del ser, son, en cierta manera, una ley de estructuración posible de lo real.

⁴⁵ Millas, Jorge: Op. cit. páginas 220 a 222.

⁴⁶ Millas, Jorge: Op. cit. página 222.

⁴⁷ Millas, Jorge: Op. cit. página 222.

“Pero... los valores, que son esencias, constituyen una clase particularísima de ellas... . A las demás, en efecto, les falta la nota de forzosidad, el carácter normativo que es propio del valer de los valores. Así, lo mismo que las esencias árbol, número, redondez, velocidad, las esencias justicia, bien, verdad, amabilidad, son algo, pueden ser objetivamente determinadas por el pensamiento según sus estructuras; pero a diferencia de ellas, tienen un contenido peculiar que se ve en ellas con tanta evidencia, como el carácter especial de un triángulo o el carácter psíquico del dolor: ese contenido peculiar es la forzosidad o requerimiento de ser realizados y preferidos. Es esa forzosidad lo que llamamos el valer o deber ser de los valores.”

“Todas las esencias poseen cualidades específicas.⁴⁸ Así, por ejemplo, la esencia triángulo tiene como cualidad fundamental la especialidad; la esencia color tiene como cualidad fundamental la visualidad; la esencia velocidad tiene como cualidad fundamental, el movimiento. Así también la esencia valor tiene como cualidad fundamental el valer, el deber ser, forzosidad de estimación y realización.”

“Pero los valores, en cuanto son esencias, no son psíquicos, ni físicos, es decir, no son reales. ... Tienen, sin embargo, con la realidad, la misma relación que todas las esencias: son las formas ideales que posibilitan la realidad concreta y la hacen inteligible; son leyes estructurales de las cosas, sin ser cosas ellas mismas. En los bienes se concreta, singularizándose, incorporándose a la vida, lo universal del valor: en la sentencia justa de tal o cual juez, por ejemplo, la posibilidad genérica de conducta que es la justicia, se realiza, individualizándose, incorporándose a la dinámica de la vida humana en el tiempo y en el espacio.”⁴⁹

COMENTARIOS AL CAPÍTULO III: LOS BIENES Y LOS VALORES

Es interesante ver que las cosas valiosas o bienes son las realidades o cosas concretas en las cuales reconocemos la presencia de un valor, son los entes concretos portadores de algún valor; mientras que los valores son, en cambio, objetos abstractos o generales, entes genéricos, de índole completamente distinta al ente singular de los bienes.⁵⁰

Lo único que podemos agregar, es que hacemos la observación, de la última parte de este capítulo, en el sentido que nuestro autor sólo ha demostrado que los entes ideales se conocen a través de su concretización en los entes reales, pero de ahí a decir que son las leyes estructurales de las cosas hay que dar un paso antes. Para mí, los valores son la manera en que pueden manifestarse los entes ideales. Así una sentencia puede ser justa o injusta, un perro hermoso o feo y un hombre bondadoso o malvado, pero las esencias que los hacen ser tales, como la de sentencia, perro u hombre, no puede perderse. Dando este paso previo, se llega a la conclusión de Millas de que los valores son leyes estructurales de las formas que pueden tomar las cosas. O sea, que también son entes ideales.

⁴⁸ Y fundamentales. N. M.

⁴⁹ Millas, Jorge: Op. cit. páginas 223 y 224.

⁵⁰ Como observación, se puede agregar que los desvalores se reconocen a través de una clase especial de entes singulares, que a falta de nombre los llamaremos “males”. N. M.

CAPÍTULO IV: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LOS VALORES

La tarea de comprender el derecho no se agota con la pura intelección formal de los enunciados normativos. No sólo se limita a descubrir en qué consisten las normas jurídicas, "... al análisis del deber ser jurídico y de los conceptos y juicios que lo expresan, excluyendo así toda la cuestión axiológica..."⁵¹ como lo hace Kelsen con su "Teoría Pura Del Derecho". Aunque ella fue el gran paso para entender la estructura del derecho.

"Mientras no se dio ese paso con la seguridad del método kelseniano, la Teoría del derecho fue, con episódicas excepciones un confuso repertorio de reflexiones políticas, sociológicas y pragmáticas, que si acertaban a mostrar a veces las relaciones del derecho con otras cosas, fracasaban siempre en captar su concepto. La labor de Kelsen para descubrir lo que la norma jurídica dice y cómo lo dice, constituye, en este sentido, una contribución filosófica de incalculables consecuencias para la comprensión científica del derecho."

"Pero este paso no cubre todo el campo de la Filosofía Jurídica. Porque si el Derecho, es como Kelsen lo ha reconocido expresamente, 'una técnica social específica', sólo puede ser exhaustivamente comprendido en función de su específica finalidad. La de un medio sólo puede esclarecerse a la luz de sus fines. La lógica del Derecho debe completarse con una teoría de los valores jurídicos."⁵² O sea, el derecho es un medio para alcanzar ciertos fines, los cuales son valores que persigue realizar. Por lo tanto, la lógica del derecho debe completarse con una teoría de los valores jurídicos."

"Pero esto no significa referirse a la cuestión, que tanto critica Kelsen, de cómo debe ser y como debe elaborarse el derecho; siendo el único objeto de un estudio científico de él responder a las preguntas qué es y cómo es. Sólo que "... justo porque se intenta comprender qué es y cómo es el derecho, es porque tenemos que considerarlo axiológicamente, en tanto en cuanto el Derecho es una determinada relación con ciertos valores. No se trata pues, de juzgar sobre si tal Derecho es bueno o malo y cómo podría hacérselo mejor tema al cual tampoco podría, sin azoramiento, sustraerse un verdadero filósofo- sino de esclarecer los componentes axiológicos del ser del Derecho, su modo peculiar de conexión con los valores."⁵³

Todo lo cual se traduce en los dos problemas ya señalados:

Comprender el derecho como valor, y

Investigar los valores que cumple realizar al derecho.

COMENTARIO AL CAPÍTULO IV: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LOS VALORES.

⁵¹ Millas, Jorge: Op. cit. página 224.

⁵² Millas, Jorge: Op. cit. páginas 224 y 225.

⁵³ Millas, Jorge: Op. cit. página 225.

Es interesante ver cómo sin salir de una concepción estrictamente positivista uno se encuentra con el hecho de que el derecho busca la realización de ciertos valores, aunque Hans Kelsen realizó un gran progreso al aislar la norma jurídica y analizar en que consistía en sí misma. Sin embargo, es necesario adelantar que Jorge Millas terminará haciendo hincapié en los valores propiamente jurídicos, o sea, aquellos que son exclusivos y propios del derecho, y no a los valores que, normalmente, todo ordenamiento provee a su realización.

Sin perjuicio de las anteriores discusiones, los progresos de las ciencias jurídicas han obligado a ver el derecho como un todo, que está inserto en el mundo en que vivimos, que no se puede negar que se ve influenciado no sólo por las condiciones históricas y económicas, sino que también por los sistemas de valores imperantes en la sociedad a la que pertenece y que, como todas las cosas culturales, tiene un fin; el cual, en el caso del orden jurídico es ser un instrumento para la consecución de los fines que busca realizar el poder soberano.

CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO.

54

Antes de seguir, pensamos que es mejor hacer un alto para profundizar en torno a la relación existente entre el derecho natural y el derecho positivo.

Algo que ha dividido a los diversos pensadores que han intentado desentrañar el concepto de derecho y llegar a su esencia, ha sido el tema de si existe o no un derecho natural, el cual daría su fundamento al derecho positivo. Respecto a esto, han surgido dos posiciones diversas:

El Positivismo Jurídico, cuyas diversas corrientes básicamente niegan el dualismo derecho natural-derecho positivo, sosteniendo la sola existencia de éste último; y que además postula que para identificar lo jurídico no hay que recurrir a criterios de índole moral, por lo que, por último, hace la distinción entre el derecho y la moral. Se dice positivismo jurídico para distinguirlo de la doctrina filosófica conocida como "Positivismo". Pero en esta obra, denominaremos al positivismo jurídico simplemente como positivismo, a secas.⁵⁵

El Iusnaturalismo, cuyas diversas vertientes básicamente sostienen que existe un derecho natural y que éste tiene alguna clase de relación con el derecho positivo. Por lo tanto, es una doctrina dualista, en contraposición a la positivista, que es una doctrina monista.⁵⁶

Cada una de las anteriores posiciones es seguida por diversas corrientes que sólo tienen dichos postulados en común, ya que en muchos otros aspectos, hasta son contradictorias.

Las doctrinas positivistas sostienen que para identificar lo que es derecho no se debe recurrir a premisas morales para ver si se encuentra o no de acuerdo con una escala de valores o con un orden superior natural. Ya que es la única manera de investigar de un modo científico el derecho. Es más, conceden que uno puede ser positivista y al mismo tiempo aceptar que existe un orden valórico, sin entrar en contradicción, ya que cuando se quiere conocer acerca del derecho en general o acerca de uno en particular, se deben

54

Para un resumen del iusnaturalismo y las doctrinas que lo profesan, ver Williams Benavente, Jaime: "Lecciones De

Introducción Al Derecho". Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003).

págs. 291 y ss. Para un resumen de las doctrinas positivistas, ver Squella Narducci, Agustín: "Filosofía Del Derecho".

Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Primera edición, agosto de 2001. Págs. 333 y ss.

⁵⁵ Ver Squella Narducci, Agustín: Op. cit. págs. 352 y ss. para ver un resumen de las diversas definiciones acerca del positivismo jurídico.

⁵⁶ Sería bueno ver Williams Benavente, Jaime: Op. cit. págs.306 y 307 para ver los diversos intentos que existen para definir las doctrinas iusnaturalistas.

CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. Para un resumen del iusnaturalismo y las doctrinas que lo profesan, ver Williams Benavente, Jaime: "Lecciones De Introducción Al Derecho". Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003). págs. 291 y ss. Para un resumen de las doctrinas positivistas, ver Squella Narducci, Agustín: "Filosofía Del Derecho". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Primera edición, dejar de lado las convicciones personales del investigador. Posición que comparte el autor de esta memoria, ya que se debe hacer una distinción entre la esencia de una cosa, lo que la define, y el uso que se le dé en la práctica. "Una cosa es el derecho y otra su mérito". Una cosa es lo que es y otra es si se usa correctamente. Así, por ejemplo, un lápiz fue creado para escribir, lo que no impide que se use para un fin completamente distinto, como sería "disparar" trocitos de cáscaras de naranja. Todo lo cual, no obsta a que lo sigamos identificando como un lápiz. La utilización para otro objeto distinto para el que fue creado, no afecta a la esencia e identidad de las cosas. Por lo tanto, si un ordenamiento jurídico determinado, como el de la Alemania Nazi, no cumple con ciertos deberes de la justicia, no por ello dejará de ser derecho.

La mayoría de las doctrinas positivistas aceptan la posibilidad de hacer una crítica respecto de un determinado ordenamiento jurídico, o de una norma particular, en base a una determinada escala valórica, lo cual no impide el reconocerle el carácter de jurídico. Es más, lo consideran útil. Sin embargo, hay que reconocer que, en general, la mayoría de los autores positivistas piensan que es imposible llegar a un consenso en materias valorativas y que es imposible demostrar racionalmente que una determinada concepción axiológica del mundo sea la verdadera. De ahí que concluyan que no se pueda comprobar la existencia de un derecho natural y de que separen la investigación acerca del derecho del de la moral.

Pero aún hay más. Lamentablemente, las cosas han sido llevadas a tal extremo que un autor⁵⁷ ha llegado a la conclusión de que Hans Kelsen era un cuasipositivista, no sólo porque Kelsen ha salido del límite del ordenamiento jurídico al colocar el fundamento de validez de éste en una norma fundamental situada fuera de él; sino porque maneja un concepto de validez referido no sólo a la existencia del ordenamiento y de sus normas, sino que también a la obligatoriedad de uno y de otros.

Si criticamos a las corrientes iusnaturalistas que sostienen que si un ordenamiento jurídico no se adecua al derecho natural, no es derecho; también criticamos estos otros extremos en que han caído algunos positivistas. Sin embargo, respecto de las doctrinas iusnaturalistas, vamos a hacer una clasificación creada por nosotros mismos:

Existen corrientes iusnaturalistas clásicas que sostienen que el derecho natural no sólo existe, sino que es fuente de validez y fundamentación del derecho positivo.

Pero también las hay, que sin perjuicio de sostener la existencia de un derecho natural, también aceptan que la validez y fundamentación del derecho positivo no depende de si tiene algún grado de concordancia con el derecho natural.

El paradigma del primer modo de ver las cosas es la Escuela Escolástica, cuyo principal filósofo, Santo Tomás de Aquino, resume esta idea en su Suma De Teología de la siguiente manera:

"Solución. Hay que decir: Según dice San Agustín en I De lib. Arb., la ley que no es justa no parece que sea ley. Por eso tendrá fuerza de ley en la medida en que sea justa. Ahora bien, en los asuntos humanos se dice que una cosa es justa cuando es recta en función de la regla de la razón. Mas la primera regla de la razón es la ley natural, como ya vimos (q.91 a.2 ad 2). Luego la ley positiva humana en tanto tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. Y si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley."⁵⁸

⁵⁷ Alf Ross. Ver Squella Narducci, Agustín: Op. cit. pág. 364.

⁵⁸ De Aquino, Santo Tomás: "Suma De Teología". Separata de Introducción Al Pensamiento Jurídico. Universidad De Chile.

El pensamiento iusnaturalista, desde esta perspectiva, sería aquel que desconoce la existencia del derecho ahí donde el derecho no se ajusta a un orden superior previo, o donde no se le acerca en un grado suficiente. Un caso de este último tipo, es la tesis de Robert Alexy (aunque él se defina como un apositivista), quien define:

“El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.”⁵⁹

Quien además sostiene que:

“Las normas aisladas pierden su carácter jurídico y, con ello, su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. ...es presupuesto de la validez jurídica de una norma particular el que posea un mínimo de justificabilidad moral.”⁶⁰

Sin embargo, existe otro punto de vista, que es el de quienes no relacionan el derecho natural con la validez de un ordenamiento jurídico determinado. Este es el caso de los juristas romanos de la Época Clásica, para quienes aceptar la existencia del derecho natural es aceptar la existencia de un orden superior, al cual se debería acomodar el derecho positivo; pero que si no concuerdan, no es óbice para que éste último siga manteniendo su calidad de derecho.

Para demostrar lo anterior, citaremos la obra Derecho Privado Romano, de Alejandro Guzmán Brito:

“Si ahora nosotros ponemos el acento en la expresión *ius naturale*, entonces resulta que ella siempre se opone a *ius civile*, pero que a veces se confunde con *ius gentium* y a veces se separa de él... La noción de *ius naturale* fue recibida del pensamiento griego por los romanos. Su máximo expositor entre ellos fue Cicerón. En los juristas no se encuentran conceptos generales sobre la materia, salvo en algunas obras didácticas... Para Gayo el derecho natural corresponde a aquel que la *ratio naturalis* ha establecido entre todos los hombres, sólo que él lo denomina *ius gentium*, atendida la consecuencia de ser usado por todos los pueblos (por ser natural)”⁶¹. “Según Ulpiano, el *ius naturale* es común a hombres y animales y de él procede la conjunción entre macho y hembra, la procreación de los hijos, la educación. Frente a él se encuentra el *ius gentium*, que es el usado por todos los pueblos humanos, de modo que se diferencia del primero en esto: en ser algo exclusivo de los hombres entre sí... Para Ulpiano, la libertad es de derecho natural”⁶². “Un concepto

⁵⁹ Alexy, Robert: “El Concepto Y La Validez Del Derecho”. Editorial Gedisa S.A. Colección ESTUDIOS ALEMANES. Barcelona, España. Primera edición, mayo 1.994. Pág. 123.

⁶⁰ Alexy, Robert: Op. cit. pág. 94.

⁶¹ Ver Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano I, Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. 1ª Edición, mayo 1996. Págs. 87 y 88. Gai. 1.1 = D. 1.1.9 = Inst. 1.2.1: “...pero lo que la razón natural constituye entre todos los hombres, es observado por igual entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes...”

⁶² Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. págs. 88 y 89. D. 1.1.1.3-4: “Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar y también a las aves. De aquí procede la conjunción del macho y de la hembra, que nosotros llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación; pues vemos que también los demás animales, hasta las fieras, parecen tener

CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. Para un resumen del iusnaturalismo y las doctrinas que lo profesan, ver Williams Benavente, Jaime: “Lecciones De Introducción Al Derecho”. Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003). págs. 291 y ss. Para un resumen de las doctrinas positivistas, ver Squella Narducci, Agustín: “Filosofía Del Derecho”. Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Primera edición, específicamente romano de *ius naturale* aparece en Paulo, quien lo define como aquel que “es [siempre] equitativo y bueno” (*quod [semper] aequum ac bonum est*)... pero el adverbio *semper*, que no quiere decir “inmutable”, sino “constantemente”, en el sentido de que el derecho natural constantemente es aquel que se adapta a las exigencias de la equidad, aunque ésta pueda variar en el caso concreto, parece ser una interpolación⁶³. “Fuera de estos conceptos generales, que no suelen ofrecer una incidencia dogmática mayor, en esta materia los juristas son más propensos a hablar de *natura* (o *ius naturale*) para contraponer un régimen jurídico civil a la consistencia de una situación o relación tal cual se presenta al observador antes de ser objeto de las reglas del derecho y que ofrecen una estructura independiente de ellas. Así, por ejemplo, para explicar la diferencia entre el parentesco por agnación, derivado del matrimonio legítimo, de la *patria potestas* o de la potestad del marido o *manus*, y aquel establecido por la mera procreación (parentesco de sangre) con o sin matrimonio, Modestino dice que el primero es por el derecho civil (*cognatio iure civili*) y el segundo por derecho natural (*cognatio iure naturali*)... En este sentido, la idea de *natura* o de *ius naturale* significa lo que modernamente queremos decir cuando hablamos de la “naturaleza de las cosas” para indicar aquellos datos prejurídicos cuya estructura se impone al jurista y al legislador y que el derecho, al acogerlos, no los crea por ende, sino sólo los reconoce...”⁶⁴. “La expresión *ius civile*, en fin, también aparece en oposición a *ius naturale*, y entonces significa otra cosa, y así entendida implica al derecho civil emanado de la ley de las XII Tablas y la doctrina jurisprudencial, al edicto (y a las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos y las constituciones imperiales considerados en sí), al *ius gentium* y a los derechos civiles de cada uno de los demás pueblos que no son el romano...”⁶⁵.

Para tener un ejemplo de cómo entendían y aplicaban en la práctica su concepto de derecho natural y su relación con el derecho positivo, será bueno ver los registros que nos han quedado acerca de sus opiniones sobre el tema de la esclavitud:

“Los juristas romanos, sin embargo, a diferencia de algunos pensadores griegos, no confunden la consideración civil de los esclavos como cosas con una desigualdad antropológicamente esencial entre amos y esclavos o de cierta categoría de de personas, como si estuvieran naturalmente destinadas a la condición servil:⁶⁶ D. 48.2.12.4 de Venuleyo: ‘la naturaleza es común’ (...se entiende que a todos, libres y esclavos). D. 1.5.4.1 de Florentino: ‘La servidumbre es una constitución del derecho de gentes, por lo cual alguien es sometido al dominio ajeno en contra de la naturaleza’... D. 12.6.64 de Trifonino: ‘...la libertad está contenida en el derecho natural, y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes...’... D. 40.11.2 de Marciano: a los libertos el príncipe suele restituirles la ingenuidad (es decir, el nacimiento como libre) ‘en el que en un principio estaban todos los hombres’... D. 1.1.4 de Ulpiano: ‘... por el derecho natural todos nacían libres...’... D. 50.17.32 del mismo Ulpiano: ‘Por lo que atañe al derecho civil, los siervos se consideran como nada; no, sin embargo, por derecho natural, ya que, por lo que al derecho natural respecta, todos los hombres son iguales’... De este modo, pues, la servidumbre aparece como una institución del derecho de gentes (y del civil), pero es contraria al derecho natural.

conocimiento de este derecho. / Derecho de gentes es aquel de que usan todos los pueblos humanos; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque éste es común a todos los animales, y aquél a solo los hombres entre sí”

⁶³ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. pág. 89.

⁶⁴ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. pág. 89 y 90.

⁶⁵ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. pág. 86.

⁶⁶ Ver Aristóteles: “La Política”. Panamericana Editorial. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Segunda edición, 1993. Págs. 13 y ss.; donde defiende la idea de la existencia de hombres naturalmente esclavos.

Esto explica que un esclavo manumitido se convierta en ciudadano romano. Entre los no juristas, la doctrina de la esencial igualdad y libertad de todos los hombres fue defendida por Cicerón y por Séneca.⁶⁷

De aquí que, podemos concluir, que para los juristas romanos el hombre nace naturalmente libre y es por el derecho civil y el de gentes que se hace esclavo. Ellos afirman que la libertad es consubstancial al ser humano, es parte de su naturaleza, no debería limitársela por medio de la servidumbre; pero no niegan que la esclavitud exista y que la ley que la consagra sea derecho. Esta forma de ver las cosas, hace de la definición del iusnaturalismo como un pensamiento mucho más amplio del que se sostiene normalmente; mientras que, por el contrario, la acepción que corrientemente se utiliza, da un concepto del iusnaturalismo mucho más restringido; el cual lo tiende a confundir con el iusnaturalismo tomista, aunque sea el paradigmático.

Pensamos que otro ejemplo de este modo de pensar lo da Del Vecchio en su libro “Los Principios Generales Del Derecho”. Así él dice, cuando se refiere a los principios del derecho natural y su relación con el sistema jurídico concreto:

“Tales principios, a pesar de tener un carácter ideal y absoluto, por consecuencia del cual superan virtualmente al sistema concreto de que forman parte, no pueden prevalecer *contra* las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso; pero tienen valor, sin embargo, *sobre y dentro* de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa. ...De modo que si en definitiva, la estructura concreta del derecho positivo muestra a veces restricciones o alteraciones de dichos principios, no por eso pierden éstos todo su valor en el orden positivo, sino que, por el contrario, conservan todavía una aplicación indirecta o mediata, en cuanto sirven para definir aquella *juridicidad natural* que se reconoce por ciertos efectos de las leyes mismas, en antítesis o más bien como complemento de la juridicidad positiva.”⁶⁸

Es más, existen doctrinas iusnaturalistas que separan el derecho de la moral, tal como Thomas Hobbes, para quien el fundamento del poder absoluto del estado proviene de la naturaleza egoísta del hombre. Por eso han podido aparecer autores como Robert Alexi, quien se define como apositivista, que critican al positivismo clásico al aceptar una vinculación entre el derecho y la moral, pero que rechazan también al iusnaturalismo tradicional, por lo que deben posicionarse en un campo ajeno a los dos.

También existen posiciones que, sin caer en el iusnaturalismo, critican al positivismo tradicional. Tal es el caso del constitucionalismo de principios, el cual, al hacer notar por una parte la preeminencia que tienen hoy en día las constituciones en los ordenamientos modernos; y por la otra, que claramente las constituciones consagran principios tanto políticos como sociales, los cuales tienen aplicación directa en los sistemas jurídicos; hace ver claramente que el derecho no solo está formado por normas, sino que por principios,⁶⁹ y que no se puede conceptualizar, hoy, al derecho, separado de la moral o de los valores.⁷⁰ Para colmo, esto justo ocurre al nivel de la norma superior, fundamental y que informa a todo el ordenamiento jurídico: la constitución. Esto obliga revisar las ideas que tiene el

⁶⁷ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. pág. 297.

⁶⁸ Del Vecchio, Giorgio: “Los Principios Generales Del Derecho”. BOSCH, Casa Editorial. Barcelona, España. Tercera edición, 1.971. Págs. 137 y 138.

⁶⁹ Aunque en realidad, fue Dworkin el primero en hacer notar la existencia y la importancia que tienen los principios en el mundo del derecho.

⁷⁰ Ver Squella Narducci, Agustín: Op. cit. págs. 402 y ss.

CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. Para un resumen del iusnaturalismo y las doctrinas que lo profesan, ver Williams Benavente, Jaime: "Lecciones De Introducción Al Derecho". Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003). págs. 291 y ss. Para un resumen de las doctrinas positivistas, ver Squella Narducci, Agustín: "Filosofía Del Derecho". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Primera edición, positivismo tradicional, ya que el derecho deja de ser un conjunto de reglas para pasar a ser un conjunto de reglas y principios (donde los principios importan más que las reglas) y pierde su importancia la distinción entre el derecho y la moral (ya que claramente todo orden jurídico está basado en valores, que incluso le otorgan su validez a las demás normas del sistema y que pueden ser aplicados directamente por los jueces).

Pensamos apropiado, en estos momentos, citar a Luis Prieto Sanchís:

"Sirviéndonos de un argumento de Alexy, creo que puede trazarse el siguiente perfil del constitucionalismo contemporáneo: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que ley."⁷¹

"La preeminencia de la Constitución sobre la ley, el desplazamiento de las reglas por los principios y la voluntad de brindar plena tutela a los derechos fundamentales tiene una consecuencia relevante que no cabe ocultar, ...los jueces, si es que no se convierten en los nuevos señores del Derecho, al menos sí pasan a ocupar esferas de decisión antes encomendadas al legislador o, en general, a los órganos de naturaleza política."⁷²

"...El mantenimiento de un sistema jurídico que se quiera coronado por una Constitución como la descrita tiene que pagar ese precio, un precio que supone confiar a los jueces la última palabra sobre la ley y, en general, sobre la legitimidad de toda norma o decisión. La ley conserva un ancho espacio de libertad política, que no es otro que el espacio que permite la Constitución, eso sí, interpretada por los jueces y, en último término, por el Tribunal Contitucional; pero la ley ha perdido definitivamente su autonomía porque sencillamente ha dejado de ser fuente suprema del Derecho."⁷³

Sin embargo, se ve claramente que dicha crítica no va contra el positivismo en sí, sino que va en contra de una clase de él: el positivismo jurídico normativista. Decir que el derecho se inspira en determinados principios puestos por el constituyente no significa que se piense que exista un llamado "derecho natural". En el fondo, el constitucionalismo de principios es otra especie de pensamiento positivista.

Pasando a otro tema, surge una duda. Si como ya hemos visto, un positivista puede serlo sin contradicción, aunque acepte la idea de una escala de valores evidente a la que debería atenerse todo ordenamiento (o aun la existencia de un derecho natural); y si por otra parte vemos que hay iusnaturalistas, que aceptando la existencia de un derecho natural, no lo consideran como fundamento de validez ni obligatoriedad del derecho positivo, ¿cómo podemos distinguirlos unos de otros? ¿Cuándo se esta adoptando una u otra posición? La respuesta, pensamos, proviene del carácter de orden normativo jurídico o no, que se le dé al derecho natural. Así, si se sostiene que dicho derecho natural no existe, se es claramente un positivista. Si se acepta que existe un sistema de valores morales o un llamado derecho natural al que el derecho positivo idealmente debería acomodarse o acercarse, se sigue siendo un positivista, ya que estas ideas quedarían en el orden de lo justo y la desobediencia frente a un derecho positivo injusto será un problema de orden ético. Por lo tanto, se niega la existencia de un derecho natural con carácter imperativo, y dicha idea se confunde con la justicia. Por el contrario, si frente a una contradicción entre el derecho positivo y el derecho natural se sostiene que debe ser preferido éste, claramente se trata de una concepción iusnaturalista. También, si se sostiene que el derecho positivo puede ser disconforme

⁷¹ Prieto Sanchís, Luis: "Ley, Principios, Derechos". INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS", Universidad Carlos III De Madrid. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España. 1.998. Pág. 35.

⁷² Prieto Sanchís, Luis: Op. cit. pág. 3.

⁷³ Prieto Sanchís, Luis: Op. cit. págs. 43 y 44.

hasta cierto punto con el derecho natural, sin perder su calidad de tal, pero que cuando la diferencia ya es substancial, no se debe aplicar, estamos frente a un iusnaturalismo. Y si ante el conflicto entre ambos órdenes se sostiene que debe ser preferido el derecho positivo, ya que el derecho natural no lo puede derogar, pero que a falta de norma positiva expresa tiene valor dicho derecho natural, ya que también tiene valor imperativo, o si se sostiene que cuando se interpreta una norma se debe tratar de concordarla lo más posible al derecho natural, estamos frente a una posición iusnaturalista. En este último caso, se considera que ambos órdenes son válidos, pero que, como en un conflicto internacional de leyes, se debe preferir uno, sin que pierda el otro orden normativo su validez. Ésta última posición es la que se acercaría más al positivismo jurídico. Pero una forma de ver sus diferencias es ante un caso práctico: el Código Civil de Egipto de 1.949 ordena que en defecto de disposiciones legales el juez debe resolver en conformidad con la costumbre, en defecto de costumbre según los principios generales del derecho islámico, y a falta de éstos, según los principios del derecho natural y de la equidad. Las doctrinas positivistas sostendrán que lo que quiere decir este texto es que el juez, cuando deba aplicar el derecho natural, en realidad estará aplicando las convicciones morales y acerca de lo justo que prevalecen en dicha sociedad. A lo más, dirá alguno, la ley entrega el caso a la discrecionalidad del juez, o a su criterio acerca de la justicia. Pero todos negarán que existe un derecho natural y el que crea en un sistema objetivo de valores, sólo tendrá la oportunidad para poder fallar de acuerdo a ellos. En cambio, un iusnaturalista del último tipo, sostendrá que la ley reconoce que cuando no pueda prever un caso concreto, el derecho natural recupera su imperio, ya que en realidad, nunca perdió su validez.

Ahora bien, ¿cuál es el pensamiento de Jorge Millas sobre todo esto? No hay dudas de que él era un positivista, ya que separa el orden de los valores del derecho:

“La tradición del Derecho Natural distingue entre dos especies de actos; mala in se y mala prohibita. Mala in se es la conducta que, independientemente de toda determinación legislativa es mala por su propia índole; mala prohibita es la que resulta formal, convencionalmente mala porque es prohibida. Esta distinción no debiera en realidad, promover conflicto alguno, porque pertenece a un orden de ideas y categorías ajenas a la experiencia jurídica; y si, en realidad, promueve conflictos doctrinarios, es por la persistencia de una confusión que no ha podido ser aún superada por el jusnaturalismo: la confusión entre lo axiológico y lo jurídico, entre los fines éticos y los medios jurídicos.”⁷⁴

Pero no hay que olvidar que él sostiene que existen y que se pueden determinar e identificar los valores. Para esto, basta ver supra el Capítulo III de esta obra. Así que, aunque tenía una postura positivista, no se debe olvidar que él nunca fue un relativista en materia valórica y que siempre sostuvo que se podía decir acerca de un ordenamiento o una determinada norma jurídica que son justos o injustos, ya que la justicia e injusticia radica en el ser de ellos. El siguiente párrafo, quizás, pueda mostrar bien su posición:

“El Derecho, régimen de convivencia para el servicio de la vida, ha de cambiar con ésta, y al jurista le preocupará siempre la correspondencia entre esos cambios. Más también le inquietará la correspondencia entre la situación real del Derecho y el ideal del régimen más justo. Todo orden jurídico es un hecho, tiene un ser: pero a este hecho corresponde un ideal, un deber ser normativo que le da valor. ¿Cuál es el criterio de ese deber ser, si es que tal criterio es posible? He aquí una mayúscula interrogante, la máxima, tal vez, para una conciencia jurídica alerta y sistemática.”⁷⁵

⁷⁴ Millas, Jorge: Op. cit. página 189.

⁷⁵ Millas, Jorge: Op. cit. página 66.

CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. Para un resumen del iusnaturalismo y las doctrinas que lo profesan, ver Williams Benavente, Jaime: "Lecciones De Introducción Al Derecho". Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003). págs. 291 y ss. Para un resumen de las doctrinas positivistas, ver Squella Narducci, Agustín: "Filosofía Del Derecho". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Primera edición, agosto de 2001. Págs. 333 y ss. Lamentablemente, nunca se avocó a un estudio de los principios que debería cumplir un derecho ideal. Aunque de sus demás escritos, se deduce que él siempre sostuvo que se podía llegar a identificar los valores.

En este capítulo no entraremos en la discusión de si es mejor el iusnaturalismo al no aceptar un derecho que no cumple con un mínimo de base ética, o de que es preferible el positivismo que, al aceptar todo como derecho, obliga al ciudadano a vigilar de manera activa lo que se le impone como ley. Aunque no vemos ninguna diferencia entre ser iusnaturalista o positivista para estos efectos. Pensamos que todos los seres humanos, sea que tengan una u otra posición tienen el derecho y el deber ético y moral de expresar su opinión cuando piensan que el ordenamiento jurídico bajo el que viven no se ajusta a lo que es justo o no ordena lo que sea más conveniente para la comunidad, incluso si es uno de un país extraño. Además, en casos de grave flagrancia, pueden y deben enfrentarse a un ordenamiento notoriamente injusto.

Lo que pasa es que existe la impresión de que históricamente los pensadores iusnaturalistas no han sido todo lo críticos que se esperaba frente a las injusticias que veían, y que por el contrario, siempre estuvieron a favor del grupo de poder; a diferencia de los de pensamiento positivista quienes sí tomaron esta tarea. Lo cual tiene una base en la realidad, ya que muchos iusnaturalistas no quisieron cambiar el orden social bajo el cual nacieron, ya que veían en ellos algo positivo; al diferencia de los de pensamiento positivista, quienes siempre fueron más "rebeldes", siendo parte de su rebeldía el enfrentarse a la sociedad tradicional con su "tradicional pensamiento conservador", lo cual es cierto, pero no contiene toda la verdad. Históricamente hay tenemos casos de iusnaturalistas que lucharon por lo que pensaban una sociedad libre y justa. Tenemos a Locke, Montesquieu, Roussau y los padres de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, quienes claramente tenían fuertes influencias iusnaturalistas, sin olvidar los sacerdotes y hombres de fé que se enfrentaron a los gobiernos dictatoriales y tiránicos en base a sus creencias en un derecho superior.

Sin perjuicio de las anteriores ideas pensamos, junto a Hart, que si hay algo que pertenece a la naturaleza de las cosas es que todo ordenamiento jurídico, para poder funcionar, necesitan tener de un mínimo piso valórico. El derecho siempre provee a la regulación y organización de una sociedad, pero con antivalores no se puede llevar a cabo dicho objetivo. Así, si fuera permitido violar impunemente los contratos, no podría existir la confianza entre los sujetos de derecho, no podría haber comercio jurídico, todas las relaciones quedarían rotas. ¿Quién se atrevería a realizar un negocio, o llevar a cabo una empresa? Los seres humanos necesitamos de la colaboración de otros miembros de nuestra propia especie para poder llevar a cabo muchas de nuestras actividades. ¿Cómo podríamos realizar dichas empresas si no tenemos la seguridad de que lo que fue prometido se cumplirá? ¿Alguien trabajaría si no creyera que su esfuerzo va a ser recompensado? Lo mismo pasa con la norma que nos prohíbe matar a nuestros semejantes. La sociedad humana, a la cual provee el derecho, esta compuesta de hombres. Si dicho comportamiento no se castigara, el derecho atentaría contra la misma base de la sociedad. Esto no quita que, excepcionalmente, un ordenamiento jurídico pueda ordenar que no se cumpla un determinado pacto o que determinada persona debe morir, pero esto es la excepción, no la regla general. Teóricamente podemos sostener que puede existir un derecho que permita no respetar los pactos o que no sancione el homicidio. Podemos imaginarlo, pero en la práctica o va a haber una revolución o dicha sociedad terminará disolviéndose. No hay otra posibilidad. Esto proviene de la naturaleza de las cosas, para que un ordenamiento pueda

conseguir sus fines debe respetar estos principios.⁷⁶ Pienso que es algo innegable para que pueda sostenerse y subsistir con éxito una comunidad.

A continuación citaré algunas reflexiones de Hart en torno a este tema:

“(i) *Vulnerabilidad humana*. Las exigencias comunes del derecho y de la moral no consisten, en su mayor parte, en prestaciones activas sino en abstenciones, y esas exigencias son formuladas usualmente en forma negativa, como prohibiciones. Las más importantes de ellas, para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia que se traduce en matar o en causar daños corporales. El carácter básico de tales reglas puede ser traído a la luz en preguntas como éstas: Si no hubiera estas reglas ¿de qué nos serviría, a seres como nosotros, tener reglas de *cualquier* otro tipo?...”⁷⁷

“(ii) *Igualdad aproximada*. Los hombres difieren entre sí en fuerza física, agilidad y aún más en capacidad intelectual. Sin embargo, es un hecho de considerable importancia para la comprensión de las diferentes formas del derecho y la moral, que ningún individuo es tanto más poderoso que los otros que pueda, sin cooperación, dominarlos o sojuzgarlos, salvo durante un término muy breve. Aun el hombre más fuerte tiene que dormir y, cuando está dormido, pierde temporariamente su superioridad. Esta igualdad aproximada, más que cualquier otro hecho, hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación jurídica como de la obligación moral.”⁷⁸

“(iii) *Altruismo limitado*. Los hombres no son demonios ominados por el deseo de exterminarse entre sí,...tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un término medio entre estos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible. En una comunidad de ángeles jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias. En una comunidad de demonios, dispuestos a destruir y pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles. En realidad, el altruismo humano es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias a la agresión son lo bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social si no se las controla.”⁷⁹

“(iv) *Recursos limitados*. Es una mera contingencia que los seres humanos necesitan alimentos, ropa y resguardo, y que estas cosas no están disponibles en abundancia ilimitada sino que son escasas, tienen que crecer de la naturaleza o ser ganadas a ella, o necesitan ser construidas por el esfuerzo humano. Estos hechos por sí solos hacen indispensable alguna forma mínima de la institución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual), y el tipo distintivo de reglas que exigen que se la respete. Las formas más simples de propiedad aparecen en las reglas que impiden a la generalidad de las personas, salvo el “propietario”, el acceso a la tierra y el uso de ella, o tomar o usar cosas materiales. Para que lo sembrado crezca, la tierra tiene que estar protegida frente al acceso indiscriminado; en los intervalos entre su crecimiento o aprehensión y su consumo, los alimentos tienen que estar protegidos frente al apoderamiento ajeno.”⁸⁰

⁷⁶ A menos que sea la disolución de la comunidad lo perseguido por dicho ordenamiento.

⁷⁷ Hart, Herbert: Op. cit. pág. 240.

⁷⁸ Hart, Herbert: Op. cit. pág. 241.

⁷⁹ Hart, Herbert: Op. cit. pág. 242.

⁸⁰ Hart, Herbert: Op. cit. págs. 242 y 243.

CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. Para un resumen del iusnaturalismo y las doctrinas que lo profesan, ver Williams Benavente, Jaime: "Lecciones De Introducción Al Derecho". Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003). págs. 291 y ss. Para un resumen de las doctrinas positivistas, ver Squella Narducci, Agustín: "Filosofía Del Derecho". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Primera edición, agosto de 2001. Págs. 333 y ss. "Las reglas que hemos visto hasta ahora son estáticas. Pero la división del trabajo, que todos los grupos, salvo los muy pequeños, tienen que desarrollar para obtener provisiones adecuadas, trae consigo la necesidad de reglas *dinámicas*, en el sentido de que habilitan a los individuos a crear obligaciones y a modificar su incidencia. Entre ellas se encuentran las reglas que habilitan a los hombres a transferir, cambiar o vender sus productos;...La misma inevitable división del trabajo, y la permanente necesidad de cooperación, son también factores que hacen que otras formas de reglas dinámicas o creadoras de obligaciones sean necesarias en la vida social. Ellas aseguran el reconocimiento de las promesas como fuentes de obligaciones. Mediante este recurso los individuos, ...pueden asumir la responsabilidad de sufrir censura o castigo sino actúan de ciertas maneras estipuladas. Cuando el altruismo no es ilimitado, hace falta un procedimiento que provea a tales operaciones auto-obligantes, para crear una forma mínima de confianza en la conducta futura de los demás y asegurar la predecibilidad necesaria para la cooperación."⁸¹

(v) *Comprensión y fuerza de voluntad limitadas.* Los hechos que hacen que las reglas referentes a las personas, a la propiedad, y a las promesas sean necesarias en la vida social son simples, y los beneficios mutuos que de esas reglas derivan son evidentes. La mayor parte de los hombres son capaces de advertirlos y de hacer el sacrificio de intereses inmediatos que la observancia de tales reglas exige. ...Por otra parte, no todos los hombres comparten por igual la comprensión de los intereses de largo alcance, ni la fuerza o bondad de voluntad, de las que depende la eficacia de esos diferentes motivos para obedecer. ...Hacen falta 'sanciones', por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen."⁸²

CAPÍTULO VI: EL DERECHO COMO VALOR

Continuando con nuestro tema, luego del paréntesis del capítulo anterior, debemos continuar junto a Jorge Millas la investigación acerca de la relación que existe entre el derecho y los valores. Ya habíamos demostrado que el derecho es un valor en sí, y nos preguntábamos a qué clase de valores le corresponde realizar. En este capítulo veremos a qué tipo de valores pertenece el derecho, dejando para el siguiente la respuesta acerca de qué clase de valores le corresponde realizar.

"Las reflexiones tocantes a la obligatoriedad del derecho nos permitieron reconocer en la existencia del orden jurídico un problema de valor, y descubrir en el Derecho una segunda modalidad del deber ser. Junto al deber ser estrictamente jurídico de las normas fundados en la vigencia de un cierto orden de Derecho, está el deber ser del orden mismo como totalidad normativa. El concepto del primero se define 'dentro del Derecho', y se caracteriza, además, por ser axiológicamente neutro; el concepto del segundo trasciende en cambio, lo jurídico, e implica la noción de valor. El Derecho, decíamos a este propósito, no puede establecer su propio deber ser. ...El Derecho obliga dijimos, porque es un bien: la norma categorial se sostiene por un imperativo axiológico."⁸³

⁸¹ Hart, Herbert: Op. cit. págs. 243 y 244.

⁸² Hart, Herbert: Op. cit. pág. 244.

⁸³ Millas, Jorge: "Filosofía del Derecho". Páginas 225 y 226.

Pero si el derecho obliga porque es un bien hay que investigar qué clase de bien es el derecho.

En primer lugar, el orden jurídico no es la clase de valores a los que Kant llama imperativos categóricos. Un imperativo categórico es el que presenta una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesario. Pues bien, nada de la naturaleza del orden jurídico hace que el derecho sea en sí algo objetivamente necesario. El derecho no es un fin en sí mismo:

“Mientras nos atengamos a lo puramente jurídico –sujeción de la conducta a formas preestablecidas bajo el imperio del poder social- no podremos reconocer una necesidad axiológica en la existencia del Derecho, ni ver en una sociedad jurídica, sólo por ser jurídica un tipo de comunidad superior a aquella sin normas de Derecho.”⁸⁴

Sin embargo, existen también los imperativos hipotéticos, cuyo valor es un valor transferido que proviene de que valen como medio o instrumento para la consecución de otras cosas que son valiosas en sí. El derecho es un valor de esta clase:

“El valor del Derecho es un valor instrumental o transferido: sin tener, como diría Kant, ‘la dignidad de un fin en sí’, tienen el rango de lo que sirve para la realización de fines valiosos.”⁸⁵

“Dicho en otras palabras, el Derecho posee, ante todo, una razón pragmática de ser: proviene de la necesidad y es un medio útil para la consecución de determinados fines de al vida humana, fines de la más diversa índole: morales, biológicos, religiosos, culturales en general, económicos. ... Por eso, la respuesta a la pregunta ¿Por qué obliga el Derecho? admite sin reservas la respuesta aplicable a todo bien instrumental: el Derecho obliga transitivamente en cuanto es un medio necesario para la realización de ciertas metas valiosas.”⁸⁶

Pues bien, las propiedades e importancia de todo valor transferido son función de dos elementos:

El grado de proximidad a sus fines, y

La naturaleza de los valores propios a que se supedita.

Así, por ejemplo, el valor de una herramienta de labranza se determina por el valor de su fin, que es el cultivo de la tierra, el cual también tiene un valor transferido que proviene de su fin, que es producir frutos, los cuales valen por cuanto sirven para conservar la vida.⁸⁷

“Pero ya se ve claro que el valor de la herramienta es un valor instrumental de tercero o cuarto orden, mediatizado por varios enlaces de transferencia. La herramienta de labranza vale, en este sentido, menos que los frutos que contribuye a producir. Por otra parte, el rango o dignidad del fin se transfiere también al instrumento: no son del mismo nivel axiológico la

⁸⁴ Millas, Jorge: Op. cit. Página 227.

⁸⁵ Millas, Jorge: Op. cit. Página 227.

⁸⁶ Millas, Jorge: Op. cit. Página 227.

⁸⁷ De lo anterior se puede concluir que una herramienta de labranza es muy valiosa desde el punto de vista del valor a que se supedita, ya que sirve para conservar la vida; sin embargo, no es tan valiosa si se mira desde el punto de vista de la proximidad a sus fines, ya que sólo sirve para la consecución de otros bienes instrumentales, los cuales sí sirven para lograr la conservación de la vida. N.M.

CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. Para un resumen del iusnaturalismo y las doctrinas que lo profesan, ver Williams Benavente, Jaime: “Lecciones De Introducción Al Derecho”. Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003). págs. 291 y ss. Para un resumen de las doctrinas positivistas, ver Squella Narducci, Agustín: “Filosofía Del Derecho”. Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Primera edición, agosto de 2001. Págs. 333 y ss. utilidad del jabón que nos permite mantener el aseo personal y la de un libro que nos auxilia en la extensión de nuestro saber y en el cultivo de la inteligencia.”⁸⁸

Otro asunto que se debe tomar en consideración, es que el valor transferido de un bien instrumental se refiere a la potencia o a la aptitud virtual que tiene y no al uso que eventualmente se haga de él. Así, el valor transferido de un buen medicamento es, axiológicamente, independiente del uso como veneno que se le puede dar en un caso dado.⁸⁹

“Ahora, bien si aplicamos estas consideraciones al análisis axiológico del orden jurídico, constataremos sin dificultad que su rango es de los mas altos entre los bienes instrumentales del hombre. Pues, en efecto, el orden jurídico recibe su carga de un vasto repertorio de otros valores transferidos y propios, entre los cuales que se hallan los de mayor jerarquía en la escala de los valores.”⁹⁰

Otro tema, para ser tomado en cuenta, es el de qué significa que una norma es justa:

“Lo primero en que uno piensa cuando se propone entender el Derecho desde el punto de vista axiológico, es en la justicia. ...Pero entonces pareciera impensable la idea del Derecho como bien de transferencia. Pues si una norma o un grupo de normas o todo un régimen normativo son ‘Justos’, No hallamos, acaso, ante un bien de valor propio, valioso por si mismo? Una norma justa ¿No realiza acaso la justicia? Si así fuera, ante el Derecho estaríamos en presencia de un imperativo categórico, de un bien cuyo fin radicaría, en él mismo. No ocurre así, a pesar de todo, por obvia razón. Sólo de una manera figurada puede decirse que una norma o grupo de normas sean ‘justas’. ¿Qué podría significar semejante afirmación? Sólo una cosa: que exige o dispone ‘algo’ justo. Pero este algo es un modo de conducta. La justicia pertenecerá, pues, al comportamiento humano posible configurado por la norma, y no a la norma en sí.”

“... Sin embargo, pareciera haber algo en la norma jurídica que legitimara el hábito de hablar de su justicia y no se identificara con el puro nexu instrumental. Pues si una norma justa lo es en cuanto prescribe un justo comportamiento, este predicado parece referirse no ya a una posible eventual realización de la justicia, sino a una realización actual de ella. Cuando pensamos por ejemplo, en la justicia de la norma que ordena al autor de un delito la reparación civil del daño ocasionado, no sólo significamos que gracias a ella pueden ser posibles futuros comportamientos justos, sino también que en la existencia misma de la norma está realizándose la justicia. Con lo cual intuimos adecuadamente el hecho de que la norma siendo esquema de conducta posible, es también trasunto de conducta real: la conducta de quienes, por sus actos (concibiéndola, defendiéndola, promulgándola) le dieron validez, es decir existencia jurídica. Tal es, precisamente, la justicia actual que reconocemos en la norma. Pero aquí también se trata de una relación de transferencia, pues la justicia de la norma consiste realmente en al justicia del comportamiento humano que a ella condujo, y sólo es justa en cuanto su existencia manifiesta la existencia real de una conducta.”⁹¹

COMENTARIOS AL CAPÍTULO VI: EL DERECHO COMO VALOR.

⁸⁸ Millas, Jorge: Op. cit. Página 228.

⁸⁹ Importante para efectos de estas reflexiones acerca del derecho. Una cosa es el valor que tiene el derecho en sí, y otra, los eventuales abusos que se hagan de él.

⁹⁰ Millas, Jorge: Op. cit. página 228.

⁹¹ Millas, Jorge: Op. cit. páginas 230 y 231.

A. Sobre la expresión: “tal norma es justa”.

Respecto a la expresión “Tal norma es justa”, pensamos que el sólo hecho de que una norma sirva como bien instrumental para el servicio de la justicia hace que aquella norma sea justa, aunque sea meramente un valor de transferencia, ya que a través de ella se puede ver el imperativo de la justicia realizándose. Por lo tanto, pensamos que don Jorge Millas se equivoca al proponer que lo que se quiere decir con tal expresión es que los actos de quienes crearon esa norma son justos. Si algo sirve para realizar el bien, esa misma función justifica el pensar que dicha cosa es buena, aunque sea como un bien instrumental. Esto mismo demuestra que una norma o un ordenamiento jurídico dado pueden ser calificados axiológicamente.

B. Reflexiones En Torno A La Idea Del Derecho Como Bien Instrumental.

Respecto al hecho de que el derecho es un bien porque sirve para la consecución de otros valores, esto da lugar a dos reflexiones autónomas:

Quien determina los fines que debe perseguir el derecho es el grupo o individuo bajo cuya voluntad descansa el derecho, o sea, quien tiene el poder soberano, sea este un autócrata, una oligarquía o todos los ciudadanos de una democracia. Da lo mismo, lo único que importa es que es este grupo o persona el que determina los valores que debe perseguir el derecho.

De lo anterior se desprende que no necesariamente los valores de quien dirige el derecho sean los valores de sus destinatarios. De ahí que estos últimos puedan sentir que los valores que protege el orden jurídico sean injustos o de que él está hecho a favor de quien tiene el poder y no del bien común.

Por lo tanto, el derecho es un bien, pero es un bien sólo para quienes sostienen el orden jurídico y para quienes están de acuerdo con sus contenidos y prescripciones.

Sin embargo, surge una pregunta: ¿Por qué aun en los regímenes en los cuales parte de la población no tiene participación en el gobierno se siente la necesidad de respetar el derecho? y, ¿por qué aunque muchas veces las personas violan las normas cuando saben que están a resguardo de una posible sanción, aun así, piensan que se debe respetar al orden jurídico? Pienso que la razón de esto proviene, y en esto sigo a Enzo Solari,⁹² debido a que, normalmente, cada persona se da cuenta que es débil y que necesita de alguna clase de seguridad para poder cumplir los distintos proyectos y objetivos que tiene en su vida. Pues bien, el derecho ha tenido, como una de sus funciones, hasta el día de hoy, organizar y mantener el orden en la sociedad, y todos sabemos que el ser humano necesita de este orden para poder seguir viviendo con tranquilidad. El derecho da el orden y organización que requiere la sociedad. Así, si no supiera que los contratos se deben cumplir, quizás no celebraría un contrato de mutuo, al no estar seguro de si me devolviesen o no mi dinero. No hay que olvidar lo dicho a en la parte final del capítulo anterior, acerca de que en la práctica todo derecho cumple, en la práctica, con un mínimo ético, lo cual siempre ha ayudado a que en la práctica nunca se lleve a cabo la idea de extinguirlo por completo, sólo de modificarlo, por más revolucionaria que sea la idea política que se tenga. En los únicos casos en que efectivamente se destruye un ordenamiento jurídico es cuando un conquistador decide destruir completamente una sociedad determinada, por lo que claramente elimina al derecho al hacer desaparecer el objeto por cuyo fin existe.

Toda sociedad requiere de algún tipo de orden para poder subsistir. En esto se parece a la naturaleza. Ya que gracias al orden que establecen las leyes naturales, el mundo

⁹² Ver Solari Alliende, Enzo: “Sobre La Seguridad Jurídica”. Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Valparaíso, Chile. 1993.

CAPÍTULO V: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. Para un resumen del iusnaturalismo y las doctrinas que lo profesan, ver Williams Benavente, Jaime: "Lecciones De Introducción Al Derecho". Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003). págs. 291 y ss. Para un resumen de las doctrinas positivistas, ver Squella Narducci, Agustín: "Filosofía Del Derecho". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Primera edición, sigue su curso. Así, por ejemplo, si no tuviera seguridad de que, en seis meses más

viene el invierno, no compraría ropa gruesa, las hormigas no llenarían sus despensas, etc. Imagínense que no existiera la ley de la gravedad. Si saltáramos, nada impediría que volásemos eternamente por el espacio, sin poder volver a la Tierra. O sin ella, los planetas no mantendrían sus órbitas fijas, y podríamos fácilmente o acercarnos al sol (por lo que moriríamos quemados), o nos alejaríamos de él (por lo que moriríamos congelados).

Así, también tenemos la necesidad de que exista un orden en la sociedad, tal como en la naturaleza. Este orden lo entrega el derecho. Aristóteles decía: "...quien por naturaleza y no por casos de fortuna carece de ciudad, está por debajo o por encima de lo que es el hombre."⁹³ Lo cual es cierto. El ser humano, por su naturaleza, requiere de la sociedad para poder desarrollarse más plenamente. Para poder comer, necesitamos de un panadero que nos haga el pan, para poder movilizarnos, de un autobús o automóvil u otro vehículo que jamás construiremos solos. En la Prehistoria, nuestros antepasados requerían de "otros" para poder cazar, por ejemplo, un mamut. Y aún, si alguien viviera sólo de los vegetales, él, seguramente desearía la cercanía de otro ser humano para poder estar acompañado. Nosotros, a diferencia de muchos animales, necesitamos de la protección de otra persona en nuestra infancia, ya que si no, moriríamos al no poder valerlos por nosotros mismos. Quizás el hombre podría tener una vida como la de ciertos animales como el tigre, cuyas madres cuidan a los pequeños desde que nacen, pero se separan para vivir solitariamente una vez que pueden sobrevivir solos. Pero, si el ser humano desea desarrollarse más plenamente, necesita de cultura, de educación que le alimenten su mente y su espíritu; cosas que no va a poder alcanzar de una manera más perfecta si es que no vive en una sociedad. Sociedad que va a mantener y preservar dicha cultura. Y si alguien se refiere al asceta que se va a vivir a un lugar retirado, para crecer espiritualmente, antes debió conocer "un maestro", una persona que le debió "iluminar" hablándole acerca de la esencia de las cosas. Pues bien, para obtener dicho conocimiento y explicación, se necesita de hombres que conserven dicha "tradición", las "técnicas" para poder conocer el más allá; y sólo puede conocer a dichas personas o tradiciones ya sea, teniendo contacto con ellos gracias a que viven en un mismo grupo humano (o sociedad) ya sea porque lo leyó en un libro, u otra manera de conservar el pensamiento de otros, lo cual no se concibe sin una sociedad que los haya creado, los proteja y permita su accesibilidad; y, en el caso raro de que conoció a su "maestro" en un lugar solitario, tuvo que existir alguna clase de relación, que aunque no necesitó de la existencia de una sociedad, sin embargo, tiene algo de social (fuera de que para que se esparza mejor la verdad, es ideal que exista una sociedad donde se junten los hombres). Son pocos los que pueden tener una revelación directa de Dios. Además, es claro que, naturalmente, el hombre tiende a vivir con sus semejantes, o sea, que es un ser social. Creo que está demostrada, con estos ejemplos, la interdependencia que existe entre todos los seres humanos, y la imposibilidad de que exista una civilización sin la cooperación entre todos los hombres. Hasta un rey necesita de alguien que le obedezca, sino no sería nadie. Si no fuera por la necesidad de que exista alguien que detente el poder, para poder crear el orden necesario, su función sería superflua.

"Toda ciudad se ofrece a nuestros ojos como una comunidad; y toda comunidad se constituye a su vez en vista de algún bien (ya que todos hacen cuanto hacen en vista de lo que estiman ser un bien). Si pues todas las comunidades humanas apuntan a algún bien, es manifiesto que al bien mayor entre todos habrá de estar enderezada la comunidad suprema

⁹³ Aristóteles: Op. cit. página 12. Esto se ha resumido con la expresión: "El que no vive en sociedad o es un dios o es una bestia", entendiéndose que cuando se habla de ciudad, se está refiriendo a la sociedad, ya que la polis era la máxima asociación que concebían los griegos.

entre todas y que comprende a todas las demás; ahora bien, ésta es la comunidad política a la que llamamos ciudad.”⁹⁴

“El por qué sea el hombre un animal político, más aún que las abejas y todo otro animal gregario, es evidente. La naturaleza -según hemos dicho- no hace nada en vano; ahora bien, el hombre es entre los animales el único que tiene palabra. La voz es señal de pena y de placer, y por esto se encuentra en los demás animales (cuya naturaleza ha llegado hasta el punto de tener sensaciones de pena y de placer y comunicarlás entre sí). Pero la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto; y lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo, de lo injusto, de otras cualidades semejantes, y la participación común en estas percepciones es lo que constituye la familia y la ciudad.”⁹⁵

Como hemos visto, la naturaleza tiene también su propio orden. Lo que diferencia a las leyes de la naturaleza de las humanas, es que las primeras son un hecho dado, que no se puede modificar. A lo más, sólo las podemos comprender y aprovechar en nuestro propio beneficio. Ella se rige por leyes físicas inmutables. En cambio, las leyes humanas, como todas las normas, sólo prescriben conductas, o sea un deber ser, al cual agregan la posibilidad de la sanción para el caso de no ser obedecidas. Sin embargo, queda siempre abierta la posibilidad de que no se cumplan. Así, no son un hecho inevitable, inmutable ni inexorable. Tal es el caso del delincuente que logra escapar a la acción de la justicia. Incluso, el hecho de cometer un delito, demuestra que la norma que prohíbe dicha conducta, puede ser violada.

Desde el punto de vista de un creyente, las leyes divinas serían el Ordenamiento Máximo, del cual no existe escapatoria. Toda acción que se haga en contra de él, tarde o temprano tendrá su recompensa, sin poder evitarlo. Sea en este o en el otro mundo. Sería el único caso de un ordenamiento normativo que es imposible violar. Sería una síntesis entre el ordenamiento jurídico humano y las leyes de la naturaleza, o sea, tiene cualidades de uno y del otro, lo cual explicaría sus particulares características, pero esto es algo que va más allá del objeto de esta obra.

Quizás exista alguien que desea irse a vivir retirado solo, lejos de la civilización, pero esto no es lo normal; todos sienten la necesidad de convivir con otras personas y de ahí que el derecho, que garantiza esta convivencia sea siempre necesario. Por supuesto que si el orden jurídico es muy injusto en concepto de algún miembro de la sociedad humana, puede que desee acabar con él; y en tal caso puede que haga una revolución, pero aún, en tal caso, una vez que se haya destruido el viejo orden, igual creará un nuevo orden jurídico para hacer realidad sus concepciones de lo justo y de lo bueno.

⁹⁴ Aristóteles: Op. cit. página 9.

⁹⁵ Aristóteles: Op. cit. página 12.

CAPÍTULO VII: LA PLASTICIDAD AXILÓGICA DEL DERECHO

En general, todo bien instrumental sirve para alcanzar fines valiosos de diversa naturaleza, y el derecho no es una excepción a esto. “El Derecho como bien instrumental, tiene idéntica multiplicidad de función, y la tienen en grado superlativo: prácticamente todo valor puede, en efecto, hallar en él un medio para su eventual cumplimiento.”⁹⁶ Ejemplos de ellos son los relativos al bienestar material de la vida humana, como la salud, y algunas relativas a su bienestar espiritual, como la libertad.

Existen, sin embargo, valores espirituales como los valores cognoscitivos (la verdad) o estéticos (como la belleza) que parecen estar fuera de toda conexión instrumental con lo jurídico. “La mera existencia de normas jurídicas no implica, en efecto, ni la posesión de conocimientos verdaderos por la gente, ni la creación de bellas formas. ... Pero lo mismo sucede con los valores cuya conexión con el Derecho nos parece más obvia. Las normas reguladoras de la higiene pública no mejoran, por su sola promulgación, la salud de los ciudadanos, ni las que tienen por objeto incrementar la riqueza nacional, la multiplican necesariamente. Así como la verdad y la belleza sólo se realizan cuando hay creaciones verdaderas y bellas de los hombres... así también la salud y el valor económico requieren de ciertas efectivas condiciones de la vida biológica y social para realizarse. Por consiguiente, la plasticidad axiológica del Derecho como bien instrumental es función, no de los valores que su existencia efectivamente engendra, sino de los que ella posibilita.”⁹⁷

Pero, aún así, si en efecto, el Derecho no crea la actual y concreta realidad de dichos valores; si permite una “...cierta general condición para su eventual existencia. Más ¿Cuál es esta condición? ...El establecimiento de un régimen propicio de relaciones sociales. Regulando la conducta humana según el modo específico de lo jurídico, la norma de Derecho crea el ámbito de convivencia apropiado para una más plena realización de ciertos valores.”⁹⁸

O sea que, el derecho, al regular la conducta humana, permite la existencia de un ámbito de convivencia apropiado para una más plena realización de los valores nombrados.

“Más, cosa curiosa: sin ser como hemos visto, condición suficiente de ella, tampoco es, en general, condición necesaria, por cuanto muchos valores podrían realizarse en una comunidad paradisíaca no regida por el Derecho.”⁹⁹ Pero por lo mismo, como debido a la naturaleza de las cosas no puede existir dicha sociedad “... hay que impedir, por una parte, la acción obstaculizadora de valores, que nacen de ciertas conductas de los hombres en sociedad, e inducir, coactivamente, por otra a la realización de fines valiosos preteridos u olvidados.”¹⁰⁰

⁹⁶ Millas, Jorge. Op. cit. página 231.

⁹⁷ Millas, Jorge. Op. cit. página 232.

⁹⁸ Millas, Jorge. Op. cit. página 232.

⁹⁹ Millas, Jorge. Op. cit. página 233.

¹⁰⁰ Millas, Jorge. Op. cit. página 233.

O sea, inducir, coactivamente, las conductas que permitan llegar a la realización de estos valores.

COMENTARIOS AL CAPÍTULO VII: LA PLASTICIDAD AXIOLÓGICA DEL DERECHO.

La única acotación es que desde el punto de vista práctico, el derecho vale por los valores que efectivamente permite existir y en la medida que logran realizarse. De nada sirve que un determinado ordenamiento consagre diversos e importantes derechos si no se cumplen. Tenemos casos como el de la Constitución de Paraguay, que habla del derecho que tiene todo habitante de dicho país a tener una vivienda digna (artículo 100), o de la Constitución de Weimar, que dicen que era la más perfecta de su tiempo, y cómo, debido a la ineptitud de los políticos de esa época, logró el nazismo alcanzar el poder a través de ella. De ahí que se diga, por ejemplo, que los derechos que se consagran deben ir de la mano de un sistema que los haga operativos, tales como recursos judiciales, ante tribunales independientes, o leyes que aseguren la probidad de los funcionarios, o normas que puedan ser cumplidas gracias a los recursos financieros con que cuenta el Estado, o algo tan simple como que la idiosincrasia de determinados grupos o las circunstancias económicas o sociológicas, no impidan que una ley pueda obtener los resultados que se desean. Un ejemplo, que existe hoy, es la obligatoriedad de que en los juicios civiles exista el avenimiento, el cual muchas veces no da sus frutos, ya que los funcionarios de los tribunales lo ven como un “trámite”, por lo que en la práctica nunca se encuentra presente el juez, sino que un actuario, el cual no tiene la preparación para poder llevar a cabo, de una manera adecuada, dicho trámite. O el caso de la ley de violencia intrafamiliar, que necesita de tribunales de familia y profesionales que los asesoren como psicólogos, asistentes sociales, etc. que no existen, o los juicios regulados por la ley de derechos del consumidor, que van a los jueces de policía local (quienes están llenos de trabajo), o el caso más patético de leyes que permiten el aborto y que, como consecuencia, maridos han obligado a sus esposas a practicarse uno, por lo que en realidad, en vez de beneficiarlas, ha terminado como un derecho de sus respectivos esposos.¹⁰¹ ¡Cuántas leyes buenas no se aplican por ignorancia de la gente o de los funcionarios obligados a cumplirlas, sino es llanamente por falta de voluntad!

¹⁰¹ Queremos que quede en claro que nosotros no aceptamos el aborto, este es sólo un ejemplo.

CAPÍTULO VIII: LOS VALORES JURÍDICOS

La sola existencia del Derecho no significa, necesariamente, la existencia de los valores comúnmente perseguidos en toda comunidad jurídica. Con la excepción de los estrictamente jurídicos. Diversas escuelas reconocen a diversos valores como valores jurídicos. Por ejemplo, se ha dicho que lo son el orden, la seguridad, la paz y la justicia; los cuales son reducidos por Radbruch sólo a la seguridad y la paz; e incluso ampliados, sin ser una enumeración cerrada, por Carlos Cossio, los de poder, cooperación y solidaridad.¹⁰² El problema surge debido a que los autores se refieren a ellos como algo cuyo significado es obvio. Pero:

“Si no explicitamos criterio diferencial alguno, no se ve por qué hemos de considerar jurídico sólo el orden, la paz, la seguridad y la justicia. ¿Por qué no también la solidaridad, el poder, y la cooperación, como lo hace Cossio? ¿Y por qué no también otros valores como la prudencia, la eficiencia, la prosperidad, la libertad o el pudor?”

“No cabe duda, que, en general, los investigadores confunden en este punto la plasticidad axiológica del Derecho con la especificidad de los valores jurídicos. ...El Derecho sirve, en virtud de esta plasticidad, a la educación, la moral, la salud, la Religión, la Ciencia. El Derecho sirve, en buenas cuentas, a la vida humana, pero esta universalidad funcional del derecho no hace jurídicos a tales valores, porque ellos tienen una esencia material propia, independiente del Derecho, susceptible de intuirse y de conceptualizarse sin elementos jurídicos, más aún, susceptibles de existir en situaciones extrajurídicas de vida.”¹⁰³

Pero el problema no se soluciona siguiendo:

“...el criterio diferencial propuesto por Cossio. De acuerdo con su doctrina, para reconocer los valores propiamente jurídicos sólo tenemos que atender a la intersubjetividad propia del Derecho. Serán, pues valores jurídicos todos aquellos en que debemos reconocer como nota esencial la alteridad o bilateralidad, en virtud de la cual el valor es un valor propio de la conducta concurrente de dos o más individuos.”¹⁰⁴

O sea, que debe tratarse de valores que se presentan en relación al sentido de la conducta de varios sujetos coactuantes y no de valores que se puedan dar en la conducta aislada de un individuo.

El problema de esta definición se encuentra en que muchos valores tiene a la alteridad como nota esencial. Todos los valores morales (con excepción de los deberes para consigo mismo) y éticos requieren, en la práctica, de una relación entre dos o más individuos para poder manifestarse y quedar en evidencia su existencia. Así, la generosidad requiere de otro a quien podamos dar para que pueda quedar en evidencia la existencia de esta virtud en nosotros.

¹⁰² Estos valores se podrían dar, también, en una comunidad no regida por el derecho. N.M.

¹⁰³ Millas, Jorge. Op. cit. página 234.

¹⁰⁴ Millas, Jorge. Op. cit. página 235.

Por lo tanto, la única manera de encarar el problema es saber en qué consisten los valores jurídicos, ya que todos hablan de ellos como si se supiera que son y sin embargo existe tanta confusión.

“Notemos, para empezar, que aquí no se trata de definir o describir unos valores Jurídicos que hubieran sido previamente reconocidos por algún carácter específico. Se trata mas bien de descubrir si hay algún valor cuya especificidad sea jurídica, por tanto, si puede comprenderse sin referencia a otros valores y si su esencia y su existencia están necesariamente ligadas a la esencia y existencia de una organización jurídica. La pregunta sería, pues, ésta: ¿Hay algún valor ligado tan estrechamente al Derecho que éste sea condición a la par necesaria, y suficiente de su concepto y su existencia? Ningún valor ético satisface, por lo pronto, el criterio diferencial involucrado por esta pregunta. ...los valores éticos podrían teóricamente realizarse en una comunidad no regida por el Derecho. Pero lo propio ocurre con los valores de todas las otras esferas: los estéticos, religiosos, intelectuales, prácticos. Sólo un valor escapa a esta regla general: la seguridad jurídica que viene a ser de este modo, el valor jurídico por excelencia, o mejor quizás, el único valor jurídico. Es el único en efecto, que se halla asociado del modo más estrecho a la existencia del Derecho; la seguridad jurídica queda realizada, cumplida, por el sólo hecho de existir un Derecho vigente. El Derecho es condición suficiente de la seguridad jurídica.”¹⁰⁵

La seguridad jurídica es el único valor que logra cumplir ambos requisitos y que sólo puede ser realizado por el sólo hecho de existir el derecho.

¹⁰⁵ Millas, Jorge. Op. cit. página 236.

CAPÍTULO IX: SOBRE EL CARÁCTER NO JURÍDICO DEL ORDEN, DE LA PAZ Y DE LA JUSTICIA.

Sin embargo, existe unanimidad entre los demás autores en considerar valores jurídicos al orden, la paz y la justicia. ¿Qué es el orden jurídico? Se habla entusiastamente de ella y no ha quedado claro si con él le dan otro nombre a la seguridad, la paz o la justicia. Se ha dicho, por ejemplo, que:

“...el orden consiste en que los individuos y las instituciones ocupen el lugar y desempeñen las funciones que les correspondan, de acuerdo con un principio superior de organización social”¹⁰⁶.

Sin embargo, esto es una expresión particular del concepto más general, que es la justicia, la cual consiste en dar a cada uno lo suyo. Pero tampoco hay razón para distinguirlo de la paz.

“...si ésta consiste en la eliminación de la violencia ilegítima y de la discordia en las relaciones sociales. Un estado de Derecho sería ordenado en el mismo sentido en que aseguraría la paz: ...Mas, por otra parte, la paz como ideal de vida social armoniosa, no es de ninguna manera un valor específicamente jurídico, en el sentido de nuestro concepto, porque el Derecho no es condición necesaria de la paz social. Es perfectamente concebible, en el plano teórico, una sociedad en donde el sólo imperio de los valores morales asegure la convivencia pacífica. ...la paz es una esencia intuible separadamente del Derecho aunque el derecho sea un buen instrumento para realizarla en nuestra realidad social.”¹⁰⁷

Tampoco la esencia ni la efectiva existencia de la justicia se encuentra ligada inexorablemente a la idea de derecho. Ella puede existir sin este, y no contiene el concepto de vida jurídica como ingrediente esencial de ella. Así, puede concebirse una comunidad en que debido al imperio de los valores religiosos y morales ella impera en plenitud; lo cual no impide que el Derecho contribuya a realizarla, y puede que, hasta incluso, en el hecho, sea condición necesaria para su realización.

COMENTARIO AL CAPÍTULO IX: SOBRE EL CARÁCTER NO JURÍDICO DEL ORDEN, DE LA PAZ Y DE LA JUSTICIA

A. Del Orden Jurídico Como Parte De La Justicia.

En lo personal, pienso que Jorge Millas se extralimitó en este análisis, ya que si fuera cierto que el orden jurídico es una expresión concreta de la justicia, esto no significa que el orden jurídico no requiere del derecho para poder existir. Para poder existir necesita de una sociedad jurídicamente organizada; las normas que establecen el orden jurídico son necesariamente parte de un derecho, que en este caso es el derecho de la sociedad a la cual pertenece. Así que decir el orden es parte de la justicia es falso. Puede existir un

¹⁰⁶ Millas, Jorge. Op. cit. página 237.

¹⁰⁷ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 237 y 238.

sistema muy injusto y, sin embargo, tener orden. Lamentablemente, no sé que concepto de orden jurídico tenía Jorge Millas, pero para mí es sinónimo de “Sistema de Derecho”, y tal parece ser el sentido que le da cuando dice “la validez de las normas se halla, en última instancia, supeditada a la eficacia del orden jurídico total”¹⁰⁸. Si la eficacia de las normas depende de la eficacia del orden jurídico es porque las normas son parte de él, ¿cómo puede existir entonces un derecho sin un orden jurídico? Si se dijera que se puede inventar un derecho sin ningún tipo de “orden” yo diría, acordándome que el derecho es un bien instrumental, que el que quiso establecer tal “desorden” es porque con él quería obtener un objetivo (no se me ocurre cual), que para él sería valioso. Pues bien, este desorden sería un orden, ya que el valor que se buscaría necesita de un cierto tipo de orden para poder lograr obtenerse. Para mí, todo derecho implica un orden, sin ese orden jamás podrá lograr realizar los valores que desea alcanzar.

Sin perjuicio de lo anterior, estamos de acuerdo con don Jorge Millas de que el orden no es un valor sólo propio del derecho, se ve cada vez que una cosa ocupa el lugar que le corresponde dentro de un sistema más amplio. Lo mismo pasa con la paz y la justicia.

¹⁰⁸ Millas, Jorge. Op. cit. página 206.

CAPÍTULO X: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SU CONCEPTO

¿Qué es la seguridad jurídica?

“La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado”¹⁰⁹.

Por lo tanto, es una seguridad específica que hay que apellidar de jurídica para no confundirla con la:

“...seguridad metafísica del místico, ni la seguridad moral del optimista, ni la seguridad psicológica del hombre equivocado, ni la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente la del hombre social que seguro o no en su situación metafísica y económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.”¹¹⁰

¿Qué clase de valor es la seguridad jurídica?

Existen algunos valores, como los éticos, que sólo se pueden encarnar en bienes que consisten en actos o conductas de seres personales y libres. Un ejemplo son la honestidad, la liberalidad, etc. A esta clase de valores Jorge Millas les llama valores de personas.

Otros valores sólo se pueden radicar en objetos reales físicos (personas y cosas en su aspecto físico) o en ciertos objetos ideales (esencias de la especialidad como el círculo y de la temporalidad como el ritmo). Un ejemplo, son los valores estéticos. A esta clase de valores, Jorge Millas les llama valores de cosas.

Otros valores representan posibilidades del ser psíquico y sus bienes son situaciones psicológicas concretas de entes concientes. Así, tenemos el placer y sus derivados, como la felicidad, la esperanza, el amor, etc. Estos se llaman valores de situación.

La seguridad jurídica es un valor perteneciente a este último grupo, ya que es un modo posible de la vida humana:

“Pudiera parecer, tal vez, por la íntima conexión entre el Derecho y la seguridad, que ésta residiera en el Derecho mismo, que encarnara en él, que el Derecho la realizara o ejemplificara, como una estatua a la belleza, o a la verdad una proposición bien fundada. Semejante modo de ver carece no obstante, de sentido. El Derecho como sistema normativo, sólo, puede ser el instrumento gracias al cual la seguridad concretamente existe, sin que el mismo sea, en cuanto tal, seguridad. La seguridad en la medida en que es un valor, es un modo posible de ser, y este modo posible es modo de la vida humana, de la

¹⁰⁹ Millas, Jorge. Op. cit. página 238.

¹¹⁰ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 238 y 239.

vida del individuo que se siente seguro, de la vida colectiva que se desenvuelve con orden, más no del sistema normativo que tal seguridad procura.”¹¹¹

“La seguridad constituye, entonces, un valor de situación: la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuales son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan”¹¹².

Dado este concepto, la seguridad jurídica queda determinada por los siguientes supuestos:

que existan normas reguladoras de las relaciones sociales;

que estas normas preexistan a toda posible decisión concreta de conducta;

que estas normas sean impersonales, esto es función de necesidades y fines comunes de convivencia social;

que estas normas sean objetivas, es decir, que su sentido pueda ser racionalmente determinado;

que estas normas sean o puedan ser reconocidas por el súbdito que les debe acatamiento; y,

que estas normas tengan autoridad, vale decir, que tengan la garantía del poder público, garantía virtual del cumplimiento futuro, y garantía real de actual y efectivo cumplimiento.

Por tanto, la seguridad jurídica, vista desde la situación de quien psicológicamente la vive, se resuelve en dos componentes vivenciales:

saber o certeza, y

expectativa o confianza.

El saber se refiere a la existencia de las normas jurídicas. Lo que significa, por una parte, que existe normas que disponen tales conductas de un modo impersonal y objetivo y, por otra, que el orden así previsto es generalmente observado.

La confianza deriva de este conocimiento y consiste en la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico, lo que sirve para determinar lo que probablemente ocurrirá en vista de la actual vigencia del orden jurídico. Pero, en la práctica, esta probabilidad es tan grande, que la equiparamos a la certeza y arreglamos nuestra conducta conforme a ella.

Respecto de la relación entre la seguridad jurídica y el estado de derecho, Jorge Millas dice:

“El derecho es la forma suprema que puede alcanzar la asociación política, pero derecho y asociación política no son conceptos a priori coincidentes. La sociedad se organiza políticamente cuando toda voluntad particular dentro de ella -la de los ciudadanos y de sus agrupaciones privadas- se supedita a una voluntad central soberana. Supone, pues, relaciones de mando y obediencia, según un esquema de jerarquización más o menos constante. Diremos que hay un orden en ella, puesto que las múltiples relaciones posibles de voluntad dentro de su ámbito, se vinculan a una relación privilegiada -la relación con el poder soberano y sus órganos. El derecho es también un orden, pero es un orden

¹¹¹ Millas, Jorge. Op. cit. página 240.

¹¹² Millas, Jorge. Op. cit. página 240.

específico, que no se agota en la mera idea de regulación central. El orden propio del derecho es el de la desubjetivización de las relaciones de poder dentro de la sociedad. Una relación entre personas que se regula sólo por variables subjetivas –como afectos, propósitos, decisiones, intuiciones, fantasías, caprichos, convicciones, creencias- no se halla jurídicamente ordenada. La ordenación jurídica propiamente tal surge cuando todo eso es referido a una norma preexistente y cognoscible, cuya significación puede ser intersubjetivamente determinada.”

“Esto vale especialmente para las relaciones de poder entre las voluntades particulares y la voluntad central privilegiada, entre los súbditos y la autoridad pública. Sólo serán relaciones de derecho si son susceptibles de plenaria objetivación mediante un estatuto regulador preexistente, cuyo sentido pertenezca a un medio común, intersubjetivo, de significaciones. Más aún: la vinculación objetiva del poder público en el estado de derecho alcanza sobre todo a su función generadora del derecho mismo. El orden jurídico presupone que hasta la creación de normas se halla sometida al orden: que el orden, como enseña Kelsen, se autogenera y regula su propio crecimiento. La desubjetivización intenta ser con esto absoluta. No basta que haya normas que operen objetivamente, una vez creadas; es menester, además, que el acto creador no sea subjetivo, no sea, por ejemplo, decisión privada del gobernante atrabiliario, ni inspiración del oráculo, ni ‘sabia’ intuición del jefe iluminado. El orden jurídico pleno intenta excluir, de este modo, al máximo posible, hasta las más sutiles formas del despotismo.”

“Resulta así obvio que no todo orden político es necesariamente un orden jurídico. Aún allí en donde la subjetividad del déspota se objetiva en normas, que adquieren la calidad de estatuto preexistente, el derecho no está plenariamente constituido, porque el acto generador del orden –la voluntad, benevolente o no, del gobernante- no se encuentra autovinculado, sujeto por modo imperativo a sus propias normas.”

“El estado de derecho implica, en realidad, el sumo grado de racionalización de la sociedad política, y, en cuanto tal, es una creación característica de la vocación racional de occidente. El mismo espíritu que busca el dominio intelectual y práctico del acaecer físico, mediante el concepto abstracto y el principio generalizador, busca también la conducción inteligible de las relaciones sociales mediante la norma objetiva del derecho. Análogos elementos de verificabilidad que definen la certeza intelectual que llamamos conocimiento científico, definen también esa certeza práctica que llamamos seguridad jurídica. Similares categorías de unidad, relación constante, medida, proporción, que permiten a la ciencia representar la estructura legal del curso de los fenómenos, permiten también al derecho dar una estructura legal al curso de las relaciones de intereses entre los hombres.”¹¹³

Por lo tanto, podemos concluir que el estado de derecho es el derecho u ordenamiento jurídico en su máxima expresión, en su mayor desarrollo. Algo más sencillo es el derecho. Pero el estado de derecho es el derecho en su desarrollo pleno.

Respecto a la situación en Roma antes de que se dictara la Ley De Las Doce Tablas, Jorge Millas dice:

“En Roma, como en todas partes, el derecho es, en sus orígenes, estrictamente consuetudinario y religioso... Por eso el derecho más antiguo es formalista y esotérico. Se traduce en actos y fórmulas sacramentales que han de ser estrictamente observados para que nazca el efecto jurídico...”

¹¹³ Millas, Jorge: Ensayos Sobre La Historia Espiritual De Occidente I. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 1960. Págs. 103 a 105.

“El germen del derecho está ya dado en ella, en cuanto las relaciones particulares de los hombres se encuentran supeditadas a instancias superiores, a decisiones que implican normas generales, prefigurativas, independientes de los intereses inmediatos constitutivos del caso singular. En su carácter esotérico mismo, este derecho presupone ciencia, voluntad de someter lo conflictivo e incierto de las relaciones particulares, a un orden que elimina el azar y la violencia al mismo tiempo. Mas esta condición es sólo el germen del derecho. El derecho, en su plenitud, implica seguridad jurídica, en la que pueden reconocerse dos momentos: la preexistencia de un estatuto objetivo de conducta y la posibilidad de ser conocido por el súbdito que le debe acatamiento. El derecho se propone –hemos visto– una esencial desobjetivización de las relaciones humanas. El interés que las mueve, la intención que les da contenido, la forma que adoptan: todo ello, incubado necesariamente en la subjetividad, sólo se hace jurídico cuando deviene interés, intención y forma intersubjetivamente determinables. Mientras las decisiones del derecho se apoyen en un conocimiento privativo de individuos o de clases, en un saber esotérico, el derecho no se halla aún plenamente constituido. Le falta el carácter público, la posibilidad del reconocimiento, sin el cual no existe seguridad jurídica.”

“... La primera transformación importante en el curso de esta marcha es la promulgación de un repertorio de leyes escritas, obtenido por presión política de la plebe a mediados del siglo V A. C.: la Ley de las XII Tablas, redactada y mandada divulgar por una comisión codificadora. Esta ley no sólo consagra la igualdad civil de los romanos, sino que, haciendo públicas las normas, inaugura también la historia propiamente tal del derecho romano.”¹¹⁴

COMENTARIOS AL CAPÍTULO X: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SU CONCEPTO.

En este capítulo se ha definido qué es la seguridad jurídica y cuáles son los presupuestos para que ella pueda existir. Sin embargo, antes de pasar a ver dichos supuestos, en los próximos dos capítulos veremos lo que opina don Jorge Millas acerca de la aberración axiológica del derecho y los dos tipos de seguridad jurídica: como seguridad genérica y como seguridad específica.

¹¹⁴ Millas, Jorge: Op. cit. págs. 110 y 111.

CAPÍTULO XI: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ABERRACIÓN AXIOLÓGICA DEL DERECHO

Ya hemos visto que la seguridad es el único valor que halla en el Derecho la condición suficiente para existir. Ahora bien, la seguridad es el a priori funcional del derecho. Si el derecho es la:

“...previsión de ciertas conductas objetivas y públicamente señaladas mediante normas y sanción de autoridad social actualmente reconocidas,... esto mismo es lo que, según hemos visto, se convierte como experiencia de conocimiento y confianza, en la situación de seguridad”¹¹⁵.

Sin embargo:

“Esta conexión tan íntima de la seguridad y el Derecho crea... un problema axiológico en extremo singular. El Derecho, en efecto, supedita todo otro valor a la seguridad jurídica. En aras de esta puede sacrificar valores tan altos como la magnanimidad, la gratitud, la gentileza. ¿No hay acaso sacrificio de la generosidad en la interdicción del pródigo? Y las normas que conceden privilegios hereditarios a ciertos hijos en desmedro de otros, ¿no implican menoscabo de la justicia? ‘El hombre – ha escrito alguien- está siempre seguro con el Derecho, siempre sabe a qué atenerse sobre su situación, pero no siempre se siente a su gusto con esta seguridad’.”¹¹⁶

“Lo cual significa que al Derecho que intenta realizar fundamentalmente la seguridad, es connatural una cierta aberración axiológica.”¹¹⁷

Pero no hay que olvidar que:

“el Derecho, al preservar la seguridad, desdeña las situaciones episódicas, particulares, de mínima magnitud en aras de la totalidad de las situaciones generales que implican la mayor magnitud axiológica posible.”¹¹⁸

Fuera del orden jurídico pueden existir episódicos momentos en que se realizan valores tales como la justicia, la libertad, la moralidad, etc., pero, tal como es en realidad la condición humana, sólo dentro del ámbito jurídico es posible una general observancia y un amplio imperio de estos valores. Por tanto, tolerando en tal caso una injusticia, una violencia, un menoscabo de la libertad, es como el Derecho puede dar lugar a la seguridad, la cual crea las condiciones necesarias para una más universal y perdurable justicia, libertad y paz.

COMENTARIOS AL CAPÍTULO XI: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ABERRACIÓN AXIOLÓGICA DEL DERECHO.

¹¹⁵ Millas, Jorge: “Filosofía Del Derecho” páginas 242 y 243.

¹¹⁶ Millas, Jorge: Op. cit. página 243.

¹¹⁷ Millas, Jorge: Op. cit. página 243.

¹¹⁸ Millas, Jorge: Op. cit. página 244.

Pienso que don Jorge Millas exagera al hablar acerca de la existencia de una aberración axiológica del derecho en aras de asegurar la seguridad jurídica, fuera que los ejemplos que da son clara manifestación de la justicia y no de la seguridad jurídica.

Para empezar, la seguridad jurídica, tal como lo reconoce Millas al señalar que es el único valor propio del derecho, es propio de todo ordenamiento jurídico. Por lo tanto, siguiendo a Jaime Williams, pensamos que:

“Por lo mismo, siendo la seguridad jurídica consustancial al derecho... resulta equívoco enunciar instituciones presididas por este valor. Equívoco porque, porque mueve a pensar que sólo y gracias a ellas el derecho logra seguridad, en circunstancias de que ella es la razón de ser de todo derecho.”¹¹⁹

Hay que tener en cuenta, que el derecho existe como un modo para superar la desconfianza, la “*insecuritas*” frente al “*alter*”, que produce la existencia de toda sociedad humana. Si tuviéramos la certeza acerca de la conducta que tendrían los demás miembros de una sociedad, el derecho dejaría de tener su razón de ser. Sin embargo, el hombre no es previsible. Puede actuar tanto correcta como incorrectamente. Puede cumplir una promesa o no; como puede respetar la honra, la vida, propiedad, y demás intereses de uno o no. Por lo tanto, lo que se busca, es asegurar dichas relaciones dentro de las posibilidades que humanamente hablando se tienen y no en base a un supuesto “ideal”.

“...el derecho se conforma con ‘verdades’ ciertas y no está en él (sencillamente porque no puede, por impotencia ontológica) lograr que resplandezca siempre la ‘verdad verdadera.’”¹²⁰

Una manifestación de lo anterior es la prescripción extraordinaria de diez años, que corre aún contra los incapaces. Sin embargo, dicha institución tienen su razón de ser, ya que si se acepta un caso injusto, que de todos modos ocurrirá, es para que el intercambio de bienes pueda continuar sin que se termine, a la larga, afectando a terceros. Un orden jurídico puede perfectamente considerar un bien superior asegurar el tráfico jurídico con miras a que las transacciones se realicen con completa normalidad, lo que redundaría en un mejor desarrollo de la economía y del bienestar general. Fuera que, si no existiera la institución de la prescripción, quienes se verían más afectados serían los terceros de buena fé y no quienes no ejercen derechos. Además, se puede presumir que quien no exige el cumplimiento de un crédito o que no impide que se utilice un derecho real suyo, en el fondo está cediendo su derecho; y sería muy injusto que, mucho tiempo después, exija el cumplimiento de él, pudiendo afectar a terceros que han entrado en relación jurídica con el prescribiente sin conocer la real situación, o que conociéndola, confiaron en que el legítimo dueño no iba a pedir el cumplimiento de su derecho. Además, muchas veces, cuando un ordenamiento jurídico considera que está en juego un valor superior, deja de lado la institución de la prescripción para dar preferencia a dichos valores. Así tenemos el caso del Fuero Real, el que no aceptaba la prescripción a favor del ladrón ni en favor de un comunero, perjudicando a los demás.

Además, los casos de la interdicción del pródigo y de los privilegios hereditarios que tenían los hijos legítimos hasta la Ley N° 19.585 tienen claramente otro fundamento y no la seguridad jurídica. En el primer caso, la idea es proteger al pródigo contra su propia generosidad que, como todas las cosas llevadas al extremo, provoca daño. En el segundo caso se busca proteger el orden de la familia impidiendo a extraños, que nunca vivieron

¹¹⁹ Williams Benavente, Jaime: Op. cit. Pág. 379.

¹²⁰ Williams Benavente, Jaime: Op. cit. págs. 361 y ss. de la misma obra.

con el padre o con la madre, tener una parte de la herencia. Es importante ver que esta institución era común a muchos pueblos en la antigüedad y que surgió debido a las condiciones en que se vivía en aquella época. No sólo en el cristianismo, sino que también en el mundo grecorromano, entre los germanos, los judíos, los hindúes y en el Islám se dan también este fenómeno. Pienso que esto se debe a tres razones:

La primera es que era imposible probar la filiación entre un hombre y su padre si no era gracias a la institución del matrimonio, o al hecho del concubinato o al reconocimiento por parte de él; situaciones que dan credibilidad a la existencia de una relación entre ambos. Todo lo cual no sucede cuando se trata de la madre.

La segunda razón es que normalmente es difícil hacer sentir los deberes paterno-filiales si no existe una institución o compromiso que de alguna manera vinculen a un hombre con su hijo. Esto lo digo en virtud de la experiencia práctica, que enseña que aún existiendo matrimonio muchos no sienten el deber de mantener a sus hijos, ni hablar si no había alguna clase de compromiso con la madre. Esto no sucede tratándose de una mujer y su hijo, al contrario, lo normal es que los sentimientos maternales sean más fuertes. Con esto no pretendo hacer una “apología del padre ausente” ni pretendo decir que moralmente no sea reprochable; sólo quiero dar a entender por qué pienso que surgieron estas instituciones.

La tercera es que hay que tener presente el excesivo formalismo que siempre caracterizó a nuestros antepasados, quienes tendían a no ver el nacimiento de una obligación si es que no existía algún acto solemne que lo originara. Así, en el derecho romano, ni el dominio ni ningún otro derecho real podían ser adquiridos por el mero consentimiento de las partes (con excepción de la hipoteca). En materia contractual, sólo determinados contratos, y como excepción, eran consensuales. Al revés de hoy, en que la excepción es la solemnidad y lo general el consensualismo.¹²¹ Gayo consideraba que la tradición era un modo de adquirir establecido por la razón natural.¹²² Esto era así, porque antiguamente estaba muy extendida la tradición como modo de adquirir el dominio sobre los derechos reales.

Estas ideas también influían sobre el derecho de familia, donde el matrimonio era un acto sagrado y no un mero acuerdo para vivir juntos. Así, respecto del pensamiento de los antiguos arios, quienes tenían un culto doméstico basado en la adoración de los antepasados, en “La Ciudad Antigua” leemos:

“...El hijo que había de perpetuar la religión doméstica debía ser el fruto de un matrimonio religioso. ...En efecto, el lazo de la sangre no constituía por sí solo la familia y se necesitaba también el lazo del culto. Ahora bien, el hijo nacido de una mujer que no estuviese asociada al culto religioso del marido por la ceremonia del casamiento, no podía participar por sí mismo en el culto. No poseía el derecho de ofrecer la comida fúnebre y la familia no se perpetuaba en él. Más adelante veremos que, por la misma razón, no tenía derecho a la herencia.”¹²³

Esto se puede ver en el derecho romano antiguo, donde según la ley de las XII Tablas sólo heredaban ab intestato los parientes agnados en perjuicio de los cognados.¹²⁴

¹²¹ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. Tomo II, pág. 120.

¹²² Gayo: “Instituciones Jurídicas de Gayo”. Editorial Jurídica De Chile. 1ª Edición, Julio de 2000. 2.65 y 66. Pág. 115.

¹²³ Fustel De Coulanges, Numa Dionisio: “La Ciudad Antigua”. Ediciones Peisa. Lima, Perú. Pág. 56

¹²⁴ Guzmán, Alejandro: Op. cit. II, págs. 376 y ss.

“La adgnatio es un parentesco civil o jurídico, que tiene como fundamento la potestad de pater; en consecuencia, no supone necesariamente la procreación y sólo se genera por vía masculina. Dicho parentesco lo tienen todas las personas libres que actualmente se hallan sometidas a la potestad de un mismo pater familias, o que se encontrarían bajo ella si éste viviese.”¹²⁵

Sin embargo, este tema tomó mayor fuerza gracias al cristianismo, ya que muchas restricciones se tomaron con el fin de proteger la familia cristiana. Así, se impidió que pudieran heredar los hijos nacidos de punible o dañado ayuntamiento, y se les dio preferencia a los hijos legítimos por sobre los ilegítimos. Pienso que el objetivo fue evitar el surgimiento de una “familia paralela” a la que la ley consideraba legítima. Si no hubiera diferencias entre nacer dentro o fuera del matrimonio, una mujer perfectamente podía con toda confianza convivir con un hombre casado, o una pareja soltera ser concubinos, sin que esto, a la larga, les trajera problemas, ya que la mujer se podía asegurar la existencia de un hombre que le iba a ayudar en la crianza y educación de sus hijos, siendo problemático para la legítima esposa, ya que una buena parte de sus esfuerzos se dirigirían hacia una mujer y niños extraños. Todo esto fomentaría la existencia de una familia no deseada en desmedro de la que la ley quería fomentar. Además, nunca se quiso sancionar de forma directa la fornicación como tal. A lo más, el estupro.

Todo lo anterior se puede ver a través de la historia:

En Roma el concubinato era solamente un hecho que no producía efectos jurídicos personales ni patrimoniales, por lo que los hijos que nacían de tal unión eran ilegítimos y no tenían derechos sucesorios ab intestato. Salvo que desde el reinado del emperador Augusto, bajo ciertas circunstancias, se cometía el delito de stuprum. Constantino prohibió las liberalidades entre vivos a favor de la concubina y de los hijos comunes e introdujo la legitimación de ellos por subsiguiente matrimonio de los padres. Valentiniano permitió donaciones o asignaciones testamentarias a favor de dichas personas hasta de un duodécimo del patrimonio si se tenía padres e hijos legítimos, sino, hasta un cuarto. Con Justiniano, el concubinato con ingenuas se torna lícito, pero se introdujo la formalidad de la testatio para constituirlo. Además, amplió las cantidades donables, concedió libertad a los hijos de una esclava concubina si el padre no había dispuesto otra cosa y amplió la legitimación de los hijos concubinarios a los casos en que el hijo ingresa a la curia, después que el padre, mediante testamento, le deja un patrimonio con la cláusula de acceder al decurionato, y por concesión imperial como beneficio.¹²⁶

Hay que tener presente, además, que la patria potestad se ejercía sobre los descendientes legítimos, por vía de varón. Y no hay que olvidarse que ella, originalmente, era:

“...jurídicamente ilimitada, pues incluye un poder de vida y muerte sobre el sometido a ella... y la facultad de enajenar su persona... En este sentido, la condición de los descendientes no difiere de la de los esclavos, aunque, desde otro punto de vista, existe la radical diferencia consistente en que, como vimos, los descendientes se hacen o pueden hacerse sui iuris con la muerte de su pater, en tanto que los esclavos pasan al dominio de los herederos de aquél...”¹²⁷

¹²⁵ Guzmán, Alejandro: Op. cit. I, pág. 292.

¹²⁶ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. I, págs. 349 y 350.

¹²⁷ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. págs.357 y 358.

Los hijos de familia tenían incapacidad de goce, aunque no de ejercicio, para casarse requerían de la autorización de su padre, y no podían intervenir como demandantes ni como demandados. Aunque con el tiempo, gracias a la existencia de los peculios y de que se les empezó a aceptar en el proceso per formulas, dicha situación se mitigó.¹²⁸

De todo lo expuesto, se puede entender claramente que si no era conveniente haber nacido fuera de una familia legalmente constituida, tampoco era tan ventajoso ir a parar a la potestad de una persona que quizás ni se conocía. Si la celebración del matrimonio, por no hablar de otros contratos tan sencillos como la compraventa, requerían necesariamente la intervención del pater, se comprenderá que depender de alguien con quien no se hubiera vivido en un mismo hogar no traía “ventajas” como hoy en día. Un sentimiento similar existía seguramente de parte del padre: “¿por qué hacerse cargo de alguien con quien nunca he compartido? No lo he visto crecer, ni siquiera podría estar seguro que es mi hijo.” No hay que olvidarse que antiguamente no existían las pruebas biológicas.

Pese a las intenciones que originalmente pudieron existir, a la larga, la institución se desarrolló de tal manera que se puede pensar que esta normativa se creó dentro de un sistema que buscaba proteger la “honra” de quien había tenido un hijo fuera del matrimonio. Así, el artículo 280 del Código Civil chileno impedía investigar la maternidad si la mujer de quien se sospechaba estaba casada. En el Proyecto de 1.853, Andrés Bello sólo prohibía investigar la maternidad a los hijos adulterinos (artículo 322). O sea, los hijos concebidos al momento que se madre estaba casada, pero no si lo hubieran sido antes. Aunque es criticable, ya que solo permitía cubrir las faltas de quienes estaban casados, olvidándose que de acuerdo con la legislación de dicha época no podían tener derechos hereditarios en perjuicio de los descendientes legítimos y sólo les alcanzaba para los alimentos necesarios; pensamos que por último, tenía como objetivo evitar los conflictos familiares. Sin embargo, en el Código definitivo se extendió para todos los casos en que se trataba de una mujer casada, lo cual pienso que no solo es grave por ir en contra de los sentimientos naturales que toda mujer debe tener hacia sus hijos, sino porque al final de cuentas protegía al marido de la incomodidad de tener que ver cómo públicamente se hacía conocida una caída de su cónyuge. Quizás sería tolerable tratándose de los hijos adulterinos, pero respecto de los demás, tenidos antes del matrimonio, no sólo es injusto que una mujer no se haga cargo de los hijos que tuvo cuando no estaba casada, sino que también el matrimonio tiene como riesgo el tener que cargar con el pasado de la otra parte. Sea como sea el matrimonio es la unión de dos vidas, con todo lo que ello implica.

Es de considerarse que las Siete Partidas (4.14.2) consideraban hijo natural al que había nacido de padres que se podían casar al momento de tenerlo y que vivían en concubinato. La legislación chilena sólo le daba el estado de hijo natural si su padre o su madre lo reconocían. Pienso que las Siete Partidas eran más atinadas y daban responsabilidad a un hombre que tenía un hijo mientras la ley chilena le permitía arrancarse de sus responsabilidades. Distinta es la situación, por su puesto, de un hombre ya casado, cuyo estado ya conocía la mujer con quien se había relacionado, y aún así uno se pregunta ¿por qué no hacerlo responsable de sus actos?

También hacemos notar que en el Proyecto de Código Civil de 1.853 se admitía probar la paternidad si por escritura del padre “...apareciere que ha mirado al hijo como suyo, o que a lo menos tenía trato ilícito con la madre en el tiempo que la concepción fue posible;...”¹²⁹

¹²⁸ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. pág. 365.

¹²⁹ Artículo 313.

Otro ejemplo de esta tensión entre la justicia y la seguridad jurídica se da en la institución de la lesión enorme. La lesión enorme, como institución, apareció (por lo menos para efectos de nuestro derecho) en el Codex Iustinianus, bajo la rúbrica: “sobre la rescisión de la venta”. Ella permitió al vendedor que había vendido un bien inmueble por un precio menor al de la mitad del justo precio que correspondería a él, para recuperarlo, ofreciendo la devolución del precio que había recibido; ante lo cual, el comprador, podía conformarse o integrar la diferencia entre el precio pagado y el justo. Esta ley aparece en las Siete Partidas y en el Fuero Real. La extensión de esta figura a todos los bienes y para todos los contratos fue obra de los juristas del derecho común.¹³⁰ Durante la Edad Media, los glosadores extendieron esta ley a todos los contratos onerosos conmutativos y favoreciendo tanto a la parte vendedora como a la compradora, creando así la institución de la lesión enorme. Ella se estableció de un modo definitivo, en Castilla, gracias al Ordenamiento de Alcalá de Henares (17.1). Andrés Bello la mantuvo en su Proyecto de Código Civil de 1.853 (artículo 1.638), perfeccionándola, pero lamentablemente, la idea sólo fue recogida por el Código Civil Chileno definitivo en determinados casos como en la compraventa de bienes raíces, el mutuo o la cláusula penal. Tampoco lo recogió el Código Civil Español de 1.888. Pienso que tal como estaba en el Proyecto de Bello valía la pena, ya que si es necesario proteger la seguridad jurídica, también es bueno velar por la justicia, y desde mi punto de vista, un contrato donde se lesiona de tal manera a una de las partes, hasta el punto de que lo que recibe no alcanza a representar la mitad del valor de la prestación que da, debe ser invalidado, a menos que se trate de un contrato simulado.

¹³⁰ Guzmán Brito, Alejandro: Op. cit. Tomo II, págs. 137 y 138.

CAPÍTULO XII: SEGURIDAD ESPECÍFICA Y SEGURIDAD GENÉRICA

En el presente capítulo, continuando con el tema de la seguridad jurídica, veremos dos formas en que ella se manifiesta.

“La seguridad jurídica, hemos visto, es un a priori funcional del Derecho. Toda norma representa necesariamente una cierta seguridad respecto a una determinada relación de convivencia, en cuanto provee compulsivamente tales y cuales efectos concretos para tales y cuales concretos antecedentes.”¹³¹ y ¹³²

“Pero esta seguridad circunstancial y específica que procuran las normas aisladamente consideradas... hállase supeditada a una suerte de seguridad genérica o formal que dimana de la totalidad del orden jurídico.”¹³³

Así, por ejemplo, si no tuviese la seguridad de que una sentencia judicial que declara que debo ser indemnizado, por los gastos en que incurrí sin culpa como mandatario, no pueda volver a ser revisada en un nuevo juicio que podría interponer mi mandante, o si temiese que una nueva ley puede alterar mi situación; no habría realmente seguridad y reinaría la incertidumbre. Por eso deben existir ciertos reguladores formales o supuestos de una cierta seguridad genérica relativa a la totalidad del orden jurídico.

De ahí que se deba distinguir entre una seguridad específica o de primer grado, que procuran las normas individualmente consideradas y en relación a ciertos derechos y obligaciones concretos que reconocen en determinadas situaciones, y una seguridad genérica, formal o de segundo grado que procura el orden normativo como totalidad y respecto a todas las situaciones posibles de convivencia dentro de ese orden.

¹³¹ Millas, Jorge. Op. cit. página 245.

¹³² Así, por ejemplo, en virtud de los artículos 1801 y 1701 del Código Civil se sabe que no se puede probar en juicio la compraventa de una casa celebrada por acuerdo verbal, y que debe, por el contrario, constar en escritura pública inscrita para que pueda surtir sus efectos.

¹³³ Millas, Jorge. Op. cit. página 246.

CAPÍTULO XIII: LOS MECANISMOS INSTITUCIONALES DE LA SEGURIDAD GENÉRICA

Las siguientes son las instituciones que proveen técnicamente a la realización de la seguridad jurídica de segundo grado, sin importar el contenido concreto ni finalidad económica, cultural, política, religiosa, etc. del orden jurídico:

El principio “*ignorantia vel error juris non excusat*”, que consagra la obligatoriedad absoluta del cumplimiento de la norma;

Las normas de prefiguración de lo lícito y lo ilícito;

La irretroactividad de las normas;

Las normas de autorregulación del derecho y las normas que vinculan el órgano público, particularmente el juez, al derecho;

La cosa juzgada; y

La prescripción.

No se puede negar que estas instituciones cumplen también otras funciones, y no sólo la de garantizar la seguridad jurídica. Por ejemplo, la irretroactividad puede perfectamente ser un recurso eficaz de la justicia. Pero se trata de funciones secundarias, y hasta accidentales. Su misión principal es constituir la situación de seguridad que debe realizar el derecho.

COMENTARIOS AL CAPÍTULO XIII: LOS MECANISMOS INSTITUCIONALES DE LA SEGURIDAD GENÉRICA.

1.- Disculpando tanta majadería, vuelvo a recordar el importante papel que juega la justicia en dichas instituciones. No hay que olvidarse que los seres humanos necesitamos de seguridad para poder relacionarnos con el otro y que sin este aseguramiento no se puede, de acuerdo a las condiciones que imperan en este mundo, poder realizar la justicia, ya que su realización quedaría sujeta a la buena voluntad de la parte que tiene un deber. La seguridad jurídica, tiene como misión principal asegurar el buen funcionamiento del derecho, el cual ya fue definido como el conjunto de normas que regulan las relaciones intersubjetivas entre los miembros de una sociedad. Por lo tanto, si queremos establecer un orden justo en este mundo, necesitamos de un orden jurídico que establezca los derechos y deberes de cada cual; y, para que funcione, necesita de la seguridad jurídica. O sea, la realización de la justicia requiere de la seguridad jurídica. Visto desde este punto de vista, la seguridad jurídica sirve a la justicia.

De todo lo anterior, se ve claramente su relación con el estado de derecho.

2.- Nosotros podemos ver el tema de la seguridad jurídica, por ejemplo, en los medios de prueba. Así, vemos que influye en el tipo de medios de prueba que acepta la ley, ya que sólo puede aceptar aquellas que puedan generar alguna clase de certeza acerca de la ocurrencia de los hechos que se deben probar. Así, si el demandante alega que el

demandado le debe una prestación, el juez no puede creerle hasta que no lo pruebe, ya que nadie asegura la sinceridad de sus dichos. Si la parte deudora reconoce la obligación no basta con que alegue haber pagado, ya que tampoco existe la seguridad de que diga la verdad. Pero si ambos prueban, ya sea la existencia de la obligación, ya sea su extinción, ya no hay razón para dudar y se debe acceder a su pretensión.¹³⁴

APARTADO A: LA INEXCUSABILIDAD DEL CONOCIMIENTO DEL DERECHO.

Se ha discutido si el principio “ignorantia vel error juris non excusat”, o que “no se puede alegar ignorancia del derecho” es presunción o ficción. Pero la verdad es que el problema así, está mal planteado. No puede ser una presunción de que se conoce el Derecho, porque lo normal es que la gente no lo conozca; ni puede ser una ficción de su conocimiento, ya que en el fondo, toda norma, lo que hace es prescribir una conducta, no decir que las cosas sean.

“La ficción, por su parte, con ir en no menor grado a contrapelo de la realidad, sería un juego de fantasía del todo inoperante”¹³⁵.

“El fundamento de una norma... jamás se funda en hechos reales, presuntos o ficticios, sino en fines y valores. Siempre que se prescribe algo, se prescribe para un fin, en vista de la consecución de cierto valor o grupo de valores”¹³⁶.

El error es alimentado por disposiciones legales como el artículo 7º del Código Civil, que dice que la ley se entenderá conocida por todos. Pero la verdad, es que lo único que se quiere decir es que la ley obliga a todos.

Sin embargo, es obvio que este principio debe ir en íntima conexión con el de la conoscibilidad del derecho.

“La norma jurídica obliga y se hace inexcusable su cumplimiento, precisamente en la medida en que es norma públicamente exhibida...”¹³⁷.

Esta característica de prescripción abierta de sus normas pertenece a la esencia de lo jurídico. Por consiguiente, el principio “nemur consetur ignorare legum” implica la posibilidad de que sea conocida la norma, lo que se manifiesta en las solemnidades que acompañan su formulación y promulgación, además de los plazos que generalmente se establecen para que entren en vigencia.

COMENTARIO AL APARTADO A: LA INEXCUSABILIDAD DEL CONOCIMIENTO DEL DERECHO.

1º.- Pensamos que es un gran acierto que Jorge Millas halla descubierto que el principio que “el error en materia de derecho no excusa” busca solamente establecer el deber de cumplir las normas y nada más. Tal como se enseña habitualmente parece más una presunción de mala fé que un principio jurídico que busca evitar el incumplimiento de las normas.

Así, el principio que consagra el cumplimiento obligatorio de las normas evita que el fin y los valores buscados por ellas se frustre debido a un supuesto desconocimiento de la ley que pueda alegar alguna persona; lo cual genera una serie de inconvenientes, porque no sólo existe la duda acerca de si es real o falso el desconocimiento que se alega, sino que

¹³⁴ Código Civil, artículo 1.698: “Incumbe probar la obligación o su extinción al que alega esta o aquella”.

¹³⁵ Millas, Jorge. Op. cit. página 249.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

también trae complicaciones a terceros, fuera que entregue una amplia discrecionalidad a la autoridad para hacer cumplir o no el derecho. Sin embargo, pensamos que es importante hacer notar que como todo principio, debe ceder en caso que haya otro más importante en juego y así, tenemos los siguientes ejemplos:

En materia de derecho penal se acepta alegar la ignorancia de la ley, ya que la entidad de los bienes jurídicos en juego (libertad, vida, bienes) no permite que se pueda castigar al inocente, y más vale que un culpable se salve que perjudicar a quien no corresponde. Además, se iría contra la prohibición que establece la Constitución de presumir de derecho la responsabilidad penal (art.19 N° 3 inc.6°) .

En el Espéculo, obra escrita durante la Edad media, se señalan determinadas personas a las que en razón de su incultura se les aceptaba alegar el desconocimiento de la ley: tales son lo menores de 25 años, los caballeros sobre materias que no tienen relación con las armas y usos de la caballería, los aldeanos y las mujeres (1.1.1.12); a menos que fuera un hecho que todos los hombres naturalmente entienden que es un yerro.

En el artículo 6° del Proyecto de Código Civil chileno de 1.853 se aceptaba probar la ignorancia de la ley si las comunicaciones habían sido interrumpidas.

2° Otro tema para pensar es la relación existente entre la obligatoriedad de las normas jurídicas y su cognoscibilidad. Se puede decir que en gobiernos autoritarios y aún en las democracias muchas veces se han tenido que dictar reglamentos o leyes que no han salido a la luz pública en razón de que su contenido compromete la seguridad nacional. No existe duda de que estas normas tienen vigencia y fuerza coactiva, pero no pueden ser conocidas por el común de la gente, y es más, puede que indirectamente afecten a un particular que nunca tuvo conocimiento de ellas. Por lo tanto, publicación significa ser conocida por quien debe cumplirla.

La verdad es que, a lo menos, una norma jurídica debe ser conocida por los que la deban ejecutar, esto es de su esencia, ya que es la única manera de que pueda tener eficacia y vigencia en la vida real. Si ni siquiera puede ser conocida por quien debe ejecutarla, es imposible de que se la aplique en la realidad, y el funcionario encargado de su ejecución tendría toda la razón para excusarse por no haberla cumplido. En este caso, la norma sólo se dirige al funcionario, no también al particular como ocurre generalmente.

¿Es necesario que en este caso deba ser conocida por quien va a afectar? Imaginémos un gobierno despótico en donde el soberano ordena a sus agentes asesinar a un opositor. En tal caso, el sujeto de la orden no lo sabe, y aun así va a ser muerto. Sin embargo, en este caso, el verdadero sujeto de la norma no es el súbdito que va a ser asesinado, sino el agente del soberano que debe dar cumplimiento a esa orden como parte de sus funciones.

Si se preguntase cómo puede afectar una norma, como una resolución judicial, si no es publicada, se responde fácilmente que primero se dicta y luego se cumple, pero antes se notifica, para que así el sujeto de dicha norma pueda cumplirla y se vea obligado a ejecutarla.

3° Respecto de "... las regulaciones esotéricas de conducta..." que sólo "... por puras razones de continuidad histórica, se pueden designar como Derecho..." que "... habían que ser solicitadas a oráculos, magos, sacerdotes o iniciados..." ¹³⁸yo pienso que es un error de Don Jorge Millas tratarlos como no Derecho por no haber sido normas promulgadas. Este caso es el mismo que ocurre hoy en día cuando los tribunales deben llenar una laguna

¹³⁸ Millas, Jorge. Op. cit. pág. 250.

de derecho. A falta de norma se debe buscar alguna manera para poder llenar este vacío: hoy se usa la analogía, los principios de la legislación o las normas de la equidad natural; antiguamente se pedía a los dioses que revelasen su voluntad a través de una persona especial o derechamente se le entregaba la facultad de llenar estos vacíos a una persona determinada, da lo mismo, pensamos que son dos manifestaciones de un mismo problema con dos soluciones distintas, nada más.

APARTADO B: LA PREFIGURACIÓN DE LO LÍCITO E ILÍCITO.

La cognoscibilidad o carácter abierto de la prescripción jurídica tiene una modalidad específica que por su importancia se debe ver de manera separada. Se trata del principio de la preexistencia de la norma como condición de lo lícito e ilícito. Donde lo permitido y lo prohibido no se hallan normativamente prefigurados, donde una norma no preexiste a los actos por ella normativamente mentados, no existe, estrictamente hablando, regulación jurídica, por no haber seguridad. Esto opera por medio de ciertas normas específicas, como la que exige la prefiguración normativa del delito y del cuasidelito (artículo 1º del Código Penal) o el artículo 11 de la Constitución Política¹³⁹ que establece que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley anterior al hecho sobre que recae el juicio. Estas normas, que hacen institucionalmente explícito el carácter figurativo del Derecho, han de ser consideradas entre los mecanismos fundamentales de la seguridad jurídica, ya que la seguridad es función directa de la preexistencia. Donde no hay norma no se sabe si lo que se hace es lícito o ilícito y por lo tanto se cae en la inseguridad.¹⁴⁰

APARTADO C: LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS

Las normas, por su esencia, no pueden regir el pasado; y sólo pueden afectar las situaciones ya constituidas. Esto está dado por la naturaleza de las cosas. Cuando una norma ordena que una cierta clase de bienes no pueden ser adquiridos de determinada manera y como consecuencia un bien que fue obtenido legítimamente, según la ley vigente al momento de su adquisición, debe volver a su anterior dueño, en realidad no es que se afecte retroactivamente una situación anterior: el bien ya fue adquirido y esa situación ya no puede volver atrás; pero la nueva ley influye sobre sus efectos, o sea, se debe restituir el bien. A esto último es lo que se conoce como una ley retroactiva.

La razón del principio de la irretroactividad de las leyes es dar seguridad, ya que si yo sé que una obligación la puedo probar exclusivamente por medio de testigos, y el día de mañana sale una ley que dice que sólo se puede probar si existe un antecedente escrito, entonces, ya no tendría seguridad al establecer mis relaciones jurídicas y viviría en la incertidumbre.

Este es un principio de carácter judicial no legislativo, ya que aunque el artículo 9º del Código Civil establece que la ley jamás tendrá efecto retroactivo, la verdad es que basta que otra ley diga lo contrario para que se derogue tácita o explícitamente esta disposición. Por lo tanto, el artículo 9º es sólo una regla de interpretación legal dirigida a los jueces y que no vincula al legislador. La excepción a esto es el principio de que no se puede condenar a nadie por una conducta que no haya sido penalizada con anterioridad a su perpetración por una ley. Este principio es consagrado por la Constitución y obliga al legislador, por eso en este caso es un principio de carácter legislativo y no judicial.

¹³⁹ Corresponde al N° 3 del artículo 19 de la actual Constitución Política.

¹⁴⁰ No hay que olvidarse que el principio del Derecho Público es “sólo se puede hacer lo que está permitido”, y el principio del Derecho Privado es “se puede hacer todo lo que no esté prohibido”.

Sin embargo, este principio tiene un origen práctico, y lo que busca es sólo entregar certeza. Pero por lo mismo, si por su aplicación estricta ocurriera una clara infracción de la justicia o si impidiera el desarrollo del Derecho; por esta causa, se permite excepcionalmente su derogación. Así, si se hubiesen respetado los Derechos de los propietarios de los esclavos nunca se hubiera acabado la servidumbre. Pero esto debe ser algo excepcional, no la regla general.

APARTADO D: LAS NORMAS NOMOGENÉTICAS O DE AUTORREGULACIÓN DEL DERECHO

Pese a todo lo anterior, de nada serviría si no existiera seguridad respecto de la validez y existencia de cada una de las normas que componen el orden jurídico. Para esto existen las normas nomogenéticas, que señalan:

“...las condiciones formales de los actos generadores de obligaciones y Derechos. Ellas prevén qué es norma y que no lo es”¹⁴¹

O sea, regulan “la forma del acto generador”. Por lo tanto:

“La seguridad jurídica plena sólo puede... existir allí donde los actos generadores del Derecho hállese ellos mismos incluidos dentro de él. Esto significa que tales actos están regidos por normas del propio Derecho, o mejor... que el Derecho autorregula su crecimiento”¹⁴².

Sin embargo, la validez de las normas no solo tiene que ver con la forma de su gestación, sino que también con su contenido. Así, el contenido de las normas deben estar de acuerdo al contenido de las normas superiores y si son contrarios se entiende que son inválidas.

Millas piensa que esto tiene importancia, por ejemplo, para efectos del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Si una ley viola un precepto constitucional sustantivo debe ser aplicada por el juez, ya que existe como ley, y sólo a la Corte Suprema le corresponde declararla inaplicable al caso sometido a su jurisdicción. No ocurre lo mismo si una ley ha sido dictada transgrediendo las normas de la forma de su generación. En tal caso no hay ley, y el juez puede derechamente no aplicarla, sin perjuicio de una eventual declaración de la Corte Suprema.

COMENTARIOS AL APARTADO D: LAS NORMAS NOMOGENÉTICAS Y LA AUTORREGULACIÓN DEL DERECHO.

No tenemos mayor comentario que hacer, salvo que pienso que si una norma es contraria a la Constitución, el juez puede y debe no aplicarla al caso concreto de manera inmediata, sin esperar una eventual declaración de la Corte Suprema a través de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Primero, no hay que olvidar que la constitución es la norma superior de todo el ordenamiento jurídico, del cual deriva la validez de todas las normas inferiores, con lo cual, si una norma no es válida, el juez no tiene la obligación de aplicarla. Alguien podría acordarse de que en el Derecho Civil los contratos que adolecen de nulidad siguen teniendo vigencia hasta que una sentencia no los declare nulos; y quien tendría dicha competencia sería la Corte Suprema. Sin embargo, se olvida que los actos que adolecen de nulidad absoluta pueden ser declarados nulos de oficio por el tribunal. Si pensamos que, de

¹⁴¹ Millas, Jorge. Op. cit. Página 269.

¹⁴² Idem.

acuerdo al artículo 7° de la Constitución,¹⁴³ los actos de los órganos del Estado que no se realizan dentro de su competencia son nulos, y que ninguna autoridad o magistratura puede atribuirse, ni a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les ha conferido en virtud de la Constitución o las leyes, y que la violación de esta disposición acarrea la nulidad del acto, nulidad que es de Derecho Público. Y si pensamos que una ley que contraría el texto de la Constitución precisamente se ve afectada por esta nulidad, ya que el Poder Legislativo se extralimitó de su competencia al disponer de un modo contrario a la Constitución, y si vemos que de acuerdo a los tratadistas, la nulidad de Derecho Público puede ser declarada de oficio por el juez (lo que es lógico, porque es más grave que una nulidad absoluta civil)¹⁴⁴, llegamos a la conclusión que una ley que contraría en su contenido al contenido de la constitución, puede ser declarada de oficio por el tribunal nulo, aunque sea un juez de letras. Esta es la única manera de que la constitución sea aplicada de una manera práctica.

APARTADO E: LA COSA JUZGADA Y LA PRESCRIPCIÓN

El orden jurídico implica siempre un cierto margen de inseguridad. La conducta mentada por una norma es siempre una conducta potencial, que será el derecho de alguien, la obligación de alguien o un derecho y obligación a la vez que las tienen alguien. Pero toda conducta potencial engendra en torno a ella:

“...en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, la incertidumbre de si va a ser o no realizada, o de cuando va a tener lugar esa realización. Así, las normas, prefigurando la conducta en función de la seguridad, engendran la inseguridad del eventual ejercicio de los Derechos y cumplimiento de las obligaciones previstos en ellas”¹⁴⁵.

Los mecanismos institucionales que vienen a poner remedio a esta situación son la cosa juzgada y la prescripción:

“Ambas, en efecto, cumplen una misma función esencial: poner fin al estado potencial de una conducta jurídicamente significativa”.¹⁴⁶

Por ejemplo, gracias a la cosa juzgada, yo sé que a quien se le rechazó la calidad de heredero en un juicio, esa misma persona ya no podrá no sólo volver a alegar su calidad de heredero, con efectividad jurídica, en otro juicio, sino que además no podrá obtener otro bien de la sucesión alegando ese mismo derecho. Lo mismo pasa con una deuda prescrita, el deudor tiene la confianza de que ahora su acreedor no puede exigirle el pago de su crédito, y si intenta una acción, la puede ver rechazada.

¿Qué es la cosa juzgada?

Millas dice:

“La cosa juzgada es la condición de inmutabilidad conferida por el Derecho a las resoluciones judiciales contra las cuales no proceden ya recursos, o si proceden, éstos no prosperaron o no se interpusieron (sic).”¹⁴⁷

Como toda institución jurídica, tiene una finalidad, y no se puede pretender que la cosa juzgada es una presunción o ficción de verdad o de justicia. Fallos manifiestamente injustos

¹⁴³ Corresponde al artículo 4° de la Constitución de 1.925.

¹⁴⁴ Ver artículo 1.683 del Código Civil.

¹⁴⁵ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 278 y 279.

¹⁴⁶ Millas, Jorge. Op. cit. página 279.

¹⁴⁷ Idem.

gozan también de la “invulnerabilidad de la cosa juzgada”. Un fallo no se cumple porque se reputa expresión de la verdad. Esta idea proviene de una premisa jurídica falsa: que los fallos se cumplen porque son justos.

Fallo “es la resolución que se debe cumplir si ha sido expedida por quien podía y debía enunciarla y en las condiciones normativamente previstas.” ¹⁴⁸

O sea, la autoridad del fallo proviene del poder de jurisdicción dado al juez.

“Lo que crea el deber ser de la sentencia no es que sea buena, sino que la pronunció el juez competente.” ¹⁴⁹

“El antecedente es aquí ‘hay fallo’; el consecuente es, a priori, ‘debe cumplirse’. La proposición ‘un fallo debe cumplirse’ es una proposición analítica, pues la exigencia del cumplimiento está dada en el concepto mismo de fallo.” ¹⁵⁰

“Si la sentencia tiene por función esencial poner término a un litigio, resolver la litis, se la hace inmutable justamente por eso, y no porque finjamos que sea justa.” ¹⁵¹

Todo lo anterior no obsta a que una sentencia debe ser justa, por supuesto que debe serlo, sino es asunto de ver como se trastoca el orden social y cómo la sociedad se conmueve frente a fallos injustamente emitidos. Aún incluso cuando respetan el Derecho formal, pero hiriendo terriblemente el sentimiento de justicia. Lo que trata de hacer don Jorge Millas es llegar a la esencia de las instituciones jurídicas, de llegar a las causas últimas de sus existencias.

De todo lo anterior se concluye que la cosa juzgada es un instrumento para el cumplimiento de la sentencia, por eso se puede hacer valer como acción y como excepción:

“...como acción del que ha obtenido en el juicio, para la ejecución de lo fallado; y como excepción para impedir que se reabra el mismo litigio, es decir, que pueda, eventualmente, no cumplirse lo fallado.” ¹⁵²

Pero la cosa juzgada se puede ver todavía desde otro punto de vista: las normas se derogan por otra norma válida, Lex posterior derogat priori. Pues bien, si las normas se derogan normativamente, es, por lo tanto, propio de ellas la inmutabilidad; o sea, las normas perduran en su validez ilimitadamente en el tiempo mientras no sea derogada por otra. Pero por lo mismo, es también de su esencia la derogabilidad, sin que esto sea contradictorio, ya que basta que aparezca una nueva norma para que pierda su vigencia.

Por lo tanto, la cosa juzgada no sólo proviene del carácter propio de la sentencia, sino que también es consecuencia de que la sentencia sea una clase de norma. Pero a diferencia de las demás normas, la sentencia tiene algo particular:

“la derogabilidad de la sentencia se halla excluida precisamente por las normas de la cosa juzgada” ¹⁵³

¹⁴⁸ Millas, Jorge. Op. cit. página 280.

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Millas, Jorge. Op. cit. página 281.

¹⁵² Millas, Jorge. Op. cit. Páginas 280 y 281.

¹⁵³ Millas, Jorge. Op. cit. páginas 282.

Se trata, por lo tanto, “de una prohibición de derogación”, es un caso especial del problema de la derogabilidad de las normas. La regla general sería que toda norma, considerada en sí misma, es inmutable, esta inmutabilidad cesa por derogación normativa expresa o tácita; las resoluciones judiciales son normas, pero gracias a la cosa juzgada se restablece su inmutabilidad, por prohibición de derogación.

CAPÍTULO XIV: DE LA RESPONSABILIDAD Y DE LA UNIDAD EN LA PRÁCTICA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA.

En este y en el capítulo siguiente nos referiremos a tópicos que se relacionan con el derecho, la seguridad jurídica y los valores.

Entre el derecho y la responsabilidad existe una estrecha relación, ya que al establecer éste un deber a un sujeto determinado, al mismo tiempo está estableciendo la imputación de una responsabilidad para el caso que no se cumpla con él.

Ahora, existen varias relaciones entre la responsabilidad y la seguridad. Una, que es necesaria, consiste en que no puede existir la seguridad jurídica si es que no se puede imputar el incumplimiento de un deber y no se puede responsabilizar a quien ha cometido una infracción; ya que si no existiera la responsabilidad por los propios actos la seguridad jurídica sería nada y jamás podría alcanzar sus fines. Así, por ejemplo, si no puede hacer responsable al ladrón de su delito, cómo puedo sostener que el derecho me asegura el respeto de la propiedad individual.

Sin embargo, existen otras relaciones no necesarias u obligatorias entre la seguridad jurídica y la responsabilidad, de las cuales tomaremos una, y es la que se refiere a la responsabilidad civil de indemnizar daños y perjuicios cuando se realiza o se omite un hecho que causa un daño a un tercero.

Lo que sostendré en este capítulo, es que, en la práctica, el legislador establece la responsabilidad civil objetiva y subjetiva bajo unos mismos principios; y que, en el fondo, ambas especies de responsabilidad no se contraponen, como lo sostiene la doctrina tradicional. Esto se puede explicar gracias al principio de seguridad jurídica.¹⁵⁴

Se responde subjetivamente de un daño o perjuicio, cuando el autor de él, es condenado a pagar la indemnización en vistas de que no ha procedido con la diligencia necesaria para evitarlos. Se responde objetivamente de un perjuicio, cuando se le imputa (o se le responsabiliza, que es lo mismo) al autor del daño, sin hacer referencia alguna a la diligencia con que haya actuado; sino sólo al hecho de que exista una relación entre su acción u omisión y el perjuicio ocasionado.

En el primer caso, el daño se imputa debido a que el autor no puso el esfuerzo necesario de su parte para evitar el mal. En el segundo caso, basta una relación de hecho, sin investigar la diligencia empleada, para poder responsabilizar.

¹⁵⁴ Todo esto se dice desde el punto de vista de su aplicación práctica en la realidad.

Aparentemente, estos dos principios se contraponen, y pareciera que ambos sirven a la seguridad desde dos perspectivas diferentes. La responsabilidad objetiva atiende a que quien a sido perjudicado pueda ser reparado del daño que se le produjo. La responsabilidad subjetiva evita que uno se vea expuesto a pagar indemnizaciones de perjuicios, aunque realice la diligencia necesaria para evitar dañar a un tercero.

Estas relaciones entre la seguridad jurídica y la responsabilidad civil objetiva /subjetiva se dan tanto en la responsabilidad civil contractual, extracontractual y precontractual.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos la regla general es que exista una responsabilidad subjetiva, o por culpa o dolo, tanto en materia civil contractual como en materia extracontractual, sin importar que tan rigurosa pueda ser. Así, en materia de contratos, uno puede responder de culpa lata, leve o levísima; pero excepcionalmente se responde bajo todo evento, como, por ejemplo, si uno pacta dicho grado de responsabilidad.

¹⁵⁵ En materia extracontractual, hoy, la doctrina, esta conteste en que la regla general es que se responde de culpa leve, ¹⁵⁶ sin perjuicio que el legislador establezca casos de responsabilidad objetiva, como los daños que produzca un animal fiero del que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio (Código Civil, artículo 2.327).

Esta medida de exigencia por parte de la ley parece ser la más justa, ya que permite dar una mayor satisfacción a las diversas partes interesadas, al no someter a una excesiva carga a quienes actúan con diligencia, y al permitir indemnizar a quien ha recibido un daño injustificadamente. Además, quien fue perjudicado puede el día de mañana dañar, por lo que también tiene un interés en que la ley no sea muy exigente con él. Fuera que en la vida muchas veces ocurren fenómenos naturales que perjudican sin que se pueda culpar a nadie. O sea, los riesgos son parte de la vida.

Sin embargo, a veces, el legislador establece la responsabilidad objetiva respecto de ciertas actividades peligrosas, como la explotación de la energía nuclear, ¹⁵⁷ transporte de hidrocarburos, ¹⁵⁸ etc., y aunque aparentemente se contrapone con la responsabilidad subjetiva, sin embargo, hay que ver que normalmente la establece para actividades riesgosas, en las cuales quien las realiza no puede negar que genera un inmenso peligro a su alrededor, aunque tome todas las medidas necesarias para evitar el daño. Es de notar que la posibilidad de accidente es siempre cierta. Tal es el caso de las centrales nucleares, buques que transportan petróleo o, incluso, los accidentes provenientes de la actividad espacial.

Por lo tanto, uno puede concluir, que quien realiza una actividad riesgosa, aunque tome todas las medidas necesarias, en realidad, está poniendo en peligro a las personas que pueden eventualmente entrar en contacto con dicha actividad. Por eso, el legislador lo hace responsable a todo evento. En otras palabras, aunque alguien debe realizar dichas actividades, en realidad siempre está poniendo en peligro la vida y la salud de los demás, por lo que no puede alegar que ha actuado de un modo tal que no podía, racionalmente hablando, producir perjuicios a un tercero.

Si vemos bien, es claro que la misma razón preside en la práctica los casos de responsabilidad civil objetiva y subjetiva. Lo que desea el legislador es responsabilizar a quien realiza una acción que puede, perjudicar a un tercero. Pensamos que es importante

¹⁵⁵ Ver artículo 1.547 del Código Civil.

¹⁵⁶ Ver artículo 2.314 del Código Civil.

¹⁵⁷ Ver artículo 49 de la Ley N° 18.302, conocida como Ley De Seguridad Nuclear.

¹⁵⁸ Ver artículo 144 del decreto Ley N° 2.222, conocido como Ley de Navegación.

notar que la responsabilidad civil objetiva nunca prescinde totalmente de la culpa del autor del daño. Así, por ejemplo, en el artículo 56 de la Ley Sobre Seguridad Nuclear, se establece como excepción a dicha responsabilidad los casos de accidentes producidos directamente por “hostilidad de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil”, ya que es claro que dicha situación no es previsible ni normal que ocurra.

CAPÍTULO XV: LA DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO CONTRA LOS ATAQUES QUE SE LE INFIEREN.

Últimamente, se ha puesto muy de moda el tema del terrorismo. Sin embargo, pensaba poner este tema en este trabajo mucho antes de que ocurrieran los últimos sucesos que han conmocionado tanto al mundo, y que nos llevan a un lugar que nadie conoce.¹⁵⁹

Desde mi punto de vista, el fenómeno del terrorismo y los valores se relacionan desde el momento en que un determinado orden jurídico tiene determinados objetivos que buscan la realización de determinados valores. Así, la integridad del territorio nacional, la seguridad nacional o el orden son valores. La consagración de una determinada forma de gobierno o de una determinada forma de ver la vida también son valores. La democracia y la libertad también son valores.

Frente a estas diversas cosmovisiones que puede consagrar el derecho, siempre va a surgir alguien que piense lo contrario y que le gustaría que se cambiara el orden de las cosas. Dicha o dichas personas pueden tomar dos actitudes: una pasiva y no hacer nada, y otra activa y luchar por lo que piensa que sería mejor. En caso de que se tome la última alternativa, la lucha puede tomar dos caracteres: puede ser por la vía de un conflicto entre países,¹⁶⁰ o puede hacerse entre un particular¹⁶¹ o un grupo de particulares contra el estado. La intensidad de esta acción puede ir desde una protesta pacífica hasta la lucha armada.

Para efectos de este trabajo se define como acto terrorista a la acción realizada por uno o más individuos de intentar modificar o destruir un determinado orden jurídico a través de medios violentos.

Pues bien, quien realiza un acto de terrorismo, no sólo produce daños o molestias, sino que tácitamente dice que está dispuesto a ocupar cualquier medio para cambiar o destruir el orden jurídico imperante. O sea, no está perjudicando a una determinada persona, sino que se está enfrentando al sistema entero, con los valores que lo presiden y le dan su fundamento de existencia. Por eso, generalmente, en todos los países los delitos terroristas llevan aparejados mayor sanción que los mismos delitos realizados sin dicha intención. El propósito juega aquí un papel importante. Con todo lo anterior, por supuesto que un ordenamiento jurídico puede determinar que no se harán diferencias entre uno y otro ilícito, lo cual es perfectamente posible. Pero desde un punto de vista práctico,

¹⁵⁹ Desde la caída de Las Torres Gemelas (11 de septiembre del año 2.001), siguiendo por la búsqueda de Bin Laden, la caída del régimen talibán en Afganistán y la toma de Irak, por parte de los Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁶⁰ Aunque parezca extraño, pero piénsese que esto ocurre cada vez que una nación declara la guerra a otra que busca imponer su ideología a sus vecinos o cuando la guerra se hace para salvar a un pueblo de un régimen tiránico (aunque esto sea más raro).

¹⁶¹ Aunque suene raro, esto se da cuando un particular incumple una ley que considera injusta. Ejemplo: no me inscribo para hacer el servicio militar porque pienso que matar a un ser humano es pecado.

si quieren continuar su existencia, deben necesariamente hacerlos punibles. De ahí que acciones que no afectan directamente al sistema, como opinar pacíficamente que la forma de gobierno debe cambiar, pueden ser impunes, pero no cuando dichas acciones llegan a cierta intensidad.

Con todo lo anterior queda claro porque todos los ordenamientos jurídicos deben tener alguna clase de sanción a los actos terroristas. Porque si permiten que sucedan, se arriesgan a que dicho orden sea alterado o suprimido, con la consecuencia de que se afectaría la realización de los valores que busca proteger o establecer.

Hago estas aclaraciones porque ha surgido una corriente que ve en el terrorismo un mal en sí y muchos dicen que tal acto es terrorismo, con lo cual, pretenden así condenarlo. El autor de esta memoria, por convicciones religiosas y filosóficas, no cree en la vía de la lucha armada. Él piensa que lo que hizo Mahatma Ghandi, quien logró la independencia de la India por medios pacíficos, creando la democracia más grande del mundo, es un buen ejemplo de lo que hoy se puede realizar sin llegar a la violencia. Mira los otros países que también fueron colonias, tanto en África como en Asia, que cómo un día se emanciparon violentamente de sus metrópolis y cómo hoy en día la inestabilidad política, la dependencia económica, la corrupción y las dictaduras hacen reflexionar sobre aquellos días de dependencia.¹⁶² Quizás se lo consideró un mal, tal como lo es el homicidio, debido a que comúnmente dichas acciones (las de matar o el acto terrorista) producen daño, odio, sufrimiento y ningún bien a la larga; pero, ¿siempre el homicidio es malo?, ¿siempre es indebido una acto de terrorismo?. Piénsese en el caso de que uno deba matar en legítima defensa, o de cuando uno debe ir como soldado a la guerra. No nos olvidamos que muchos quienes están en contra del terrorismo, apoyan la pena de muerte. Lamentablemente, tal como está el mundo, muchos piensan que no queda otra posibilidad que realizar actos violentos. Me acuerdo de un compañero, cuando se realizó una “toma” en mi facultad el año 1.997. Él decía que Pablo Rodríguez no podía ser decano, ya que había sido terrorista. Le pregunté qué eran los que realizaron atentados explosivos en la época del gobierno militar. No me acuerdo mucho, pero le entendí que no eran terroristas o si lo eran no eran “malos”.

Mi intención no es hacer una apología del terrorismo, pero pienso que sería mejor ver las cosas con mayor objetividad y tratar de no darles una carga emotiva a las palabras, o por lo menos entender en qué contexto se las usan. Manuel Rodríguez fue un terrorista para los españoles, un héroe para los chilenos.

De lo anterior voy a sacar otra consecuencia, y es que un determinado ordenamiento jurídico puede imponer censura a las opiniones y manifestaciones artísticas que atenten contra los valores que él propugna. Esto incluso en una democracia liberal. Así, pienso que una película en donde se propugne la discriminación racial o un establecimiento que enseñe doctrinas totalitarias pueden ser perfectamente censuradas o cerradas al atacar los valores que intenta establecer y mantener el sistema.

Así, tenemos que las constituciones modernas, de naciones indudablemente libres, establecen límites al derecho de asociación al impedir la formación de agrupaciones o partidos que atentan contra los principios básicos del sistema:

Artículo 19 N° 15°, inc. 6° de la Constitución chilena “Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el

¹⁶² Esto también se lo aplico a Chile, ya que aunque la independencia ha traído grandes bienes y pienso que fue lo correcto, sería bueno reflexionar acerca de los objetivos de quienes nos llevaron al proceso emancipador, acerca de quiénes los apoyaban y qué consecuencias trajo la emancipación de Hispanoamérica a la historia del mundo.

establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política.”

Artículo 22.5 de la Constitución española: “Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

También tenemos los casos de excepción constitucional,¹⁶³ en que el ejercicio de derechos fundamentales se ven limitados frente a casos que amenazan con la subsistencia del sistema jurídico.

Artículo 18 de la Constitución alemana: “Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal.”

¹⁶³ Ver artículos 39 y ss. de la Constitución chilena.

CAPÍTULO XVI: LAS LAGUNAS DE DERECHO.

En este capítulo nos referiremos a la existencia de las lagunas de derecho. Tal como sabemos, se distingue entre lagunas legales y lagunas de derecho. Las primeras consisten en que frente a un determinado caso de la vida real, el ordenamiento jurídico no contiene una norma para solucionar el problema que se presenta. Todo ordenamiento jurídico las tiene y no existe discusión alguna acerca de su existencia. Las lagunas de derecho son casos que no solo no tiene una respuesta expresa por parte del sistema, sino que además, el derecho no provee algún método para salvarlas. Jorge Millas sostiene que no sólo no existen las lagunas de derecho, sino que tampoco las legales. Así, él sostiene:

“Pero la deficiencia de la doctrina que comentamos es mucho más fundamental que todo esto; su verdadera falla radica en el desconocimiento de la naturaleza lógica del derecho. El Derecho es, en efecto, un ordenamiento normativo de índole tal, que su plenitud no resulta a posteriori, porque sea expresamente declarada por reglas como las del Código Suizo, sino que resulta a priori, de su misma esencia. Es decir, que necesariamente, aunque no lo disponga expresamente la costumbre o la ley, todo ordenamiento jurídico es pleno y carece de lagunas. Por qué? (sic) Porque por principio no hay relaciones humanas fuera del Derecho. El orden jurídico supone una regulación tal de la conducta, que todo él descansa en esta norma básica: todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido. Es la norma de licitud de la libertad, llamada también orden de clausura.”

“... Supongamos el caso límite, puramente teórico (ya que prácticamente no podría darse) de un régimen que se apoyara en este principio diferente “se prohíbe todo lo que no esté jurídicamente permitido”. Semejante norma sería un caso particular del principio de licitud de la libertad, y lo estaría reiterando]; pues si todo lo no permitido (lo no autorizado expresamente) está prohibido, sigue siendo verdad que está permitido lo que no se encuentra prohibido”¹⁶⁴

Respecto a las lagunas legales, él las objeta, recordando a Cossio:

“... Si se afirma que el Derecho es más que la ley ¿en qué relación están Derecho y ley? No puede, por lo pronto, declararse que se trata de cosas excluyentes: la ley es Derecho. Cabría decir, pues, o que la ley es una especie del género Derecho, o que la ley es una parte de todo Derecho. Pero en el primer caso, no es posible afirmar que habiendo plenitud en el Derecho (el género) no la hay en la ley (la especie), pues todo lo que puede predicarse del género es predicable igualmente de su especie. En el segundo caso, ocurre algo semejante: como parte del Derecho, la ley no puede considerarse aisladamente; es ley en cuanto se encuentra fundada en la totalidad, a que pertenece. Y pues si la totalidad Derecho no ofrece vacíos, mal puede ofrecerlos la ley que está fundada, como parte estructural, en el Derecho, y que no pueda separársela de él sin que deje de ser ley...”¹⁶⁵

¹⁶⁴ Millas, Jorge: Op. cit. pág. 181. Ver también Cossio, Carlos: Op. cit. págs. 315 y ss.

¹⁶⁵ Millas, Jorge: Op. cit. págs. 185 y 186.

Claramente, don Jorge Millas se está basando en el principio “en el derecho lo que no se encuentra prohibido está permitido”. La verdad, es que esta idea proviene de más atrás, de Kelsen, quien, además, sostuvo en su libro “Teoría Pura Del Derecho” que:

“Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro ‘derecho’ considerado mejor o más justo.”¹⁶⁶

Pero esto es erróneo, ya que si aceptamos que el orden jurídico existe para la realización de ciertos valores, es obvio que toda acción que atente contra dichos valores atenta contra el orden jurídico y, por lo tanto, es antijurídica. De ahí que efectivamente existan las lagunas legales, ya que si una situación claramente antijurídica se da o puede darse (por ejemplo, una prestación que deba darse para corregir un perjuicio que se causo), el ordenamiento debe prever alguna solución a dicha situación, sino, los objetivos que busca establecer se verán frustrados.

De esto no se sigue que necesariamente el orden jurídico debe prohibir dicha acción o tener siempre alguna respuesta ante una situación en que se toquen valores que busca realizar. Por ejemplo, mentir es claramente antijurídico, pero decir que soy gordo, siendo flaco, sino provoca una mayor molestia que el descubrimiento del engaño, no debería acarrear una sanción. Distinto es si producto de una falsa noticia, en la cual creo de buena fe, realizo inversiones que a la larga me perjudican. En este caso, es claro que por el monto del daño causado el derecho no solo debe resolver diciendo que dicha acción es antijurídica, sino que, además, debe indemnizarme los perjuicios causados.

Pero además, no sólo existen las lagunas legales, sino que también las de derecho. Lo voy a probar con el siguiente ejemplo: es principio aceptado que en el derecho público sólo se puede hacer lo que está expresamente permitido. ¿Qué pasa si no hay una norma que prevea el modo de llenar una vacante de una autoridad cuya existencia requiera el sistema para poder continuar? Un caso es el de los reinos de Dinamarca y Suecia, cuyas constituciones establecen que el rey debe ser descendiente de determinada persona. ¿Qué pasaría si todos dichos descendientes fallecieran? No creo que se diría “no hay ley que norme este caso, y la relación que no está en la ley se encuentra fuera del derecho”. Pienso que aunque fuera inconstitucional, seguramente por una norma dictada por el parlamento y el primer ministro se proveería a llenar el cargo.

Dworkin ha demostrado que todo derecho no sólo se compone de reglas, sino que también de principios,¹⁶⁷ tales como el principio de la buena fe, nadie puede aprovecharse de su propio dolo, quien produce un daño debe repararlo, etc; idea a la que pudo haber llegado Millas, pero dicho paso no lo dio.¹⁶⁸ Encuentro lamentable, pero era fácil llegar a descubrir que el derecho está formado por normas y principios a partir de la concepción que tenía Millas acerca del derecho.

De todo lo anterior, queda claro que en función de los fines del ordenamiento jurídico, siempre habrá que dar solución a los casos en que la ley expresamente no prevé alguna respuesta.

¹⁶⁶ Kelsen, Hans: Op. cit. pág. 173. Ver ibidem págs. 172 y ss.

¹⁶⁷ Dworkin, Ronald: Op. cit. págs. 80 y ss.

¹⁶⁸ Pienso que teóricamente puede darse la existencia de un ordenamiento jurídico que sólo esté compuesto de reglas y prohíba que se usen los principios, pero ya que es más práctico, para el logro de sus fines, que tenga soluciones para los casos que no pueden ser solucionados mediante reglas, es mejor que se componga también de principios.

CONCLUSIONES.

En esta memoria, siguiendo a don Jorge Millas, se ha demostrado, sin salir de una perspectiva estrictamente positivista, la estrecha relación que existe entre el derecho y los valores. Se vio que todas las normas que existen en un ordenamiento jurídico obligan en razón de la relación que tienen con la norma básica o fundamental de dicho sistema. Dicha norma es la que les otorga validez y obligatoriedad. Ahora bien, la obligatoriedad y validez de la norma fundamental proviene de un acto de voluntad, sea del pueblo, de un déspota, etc., que ve en el derecho un imperativo hipotético (o sea, un bien instrumental), para la consecución de diversos fines valiosos. Pues bien, el hecho que el derecho existe para lograr la realización de ciertos valores es lo que le otorga su legitimidad para dicha voluntad.

Además, se demostró que el único valor propiamente jurídico (o sea, exclusivo del derecho) es la seguridad jurídica; y se probó cómo muchas instituciones y el propio derecho se vinculan a ella.

A propósito de la relación existente entre el derecho y los valores, consideramos la discusión existente entre las teorías iusnaturalistas y positivistas, demostrando que dentro de cada una de ellas existe un gran número de posturas. Así, por ejemplo, entre las teorías iusnaturalistas hay algunas que establecen una relación de validez entre el derecho natural y el positivo, mientras que otras, solamente sostienen que el derecho natural rige en la medida en que no se opone al derecho positivo. Por otro lado, tenemos el caso de positivistas que no sólo no creen en un derecho natural, sino que ni siquiera en un orden moral o valórico racionalmente demostrable, mientras que otros, como don Jorge Millas sostienen la existencia y demostrabilidad de valores como la belleza, la justicia y la equidad.

También, vimos que el derecho, en su búsqueda de la realización de estos valores superiores, a veces, tiene que asumir pequeñas injusticias, pequeños sacrificios, ya que está fuera del ámbito de las posibilidades humanas establecer un ordenamiento jurídico ideal, lo que en casos concretos puede ser muy doloroso. Tal sería el caso de un contrato que no se puede probar en juicio por no haberse otorgado según las solemnidades legales. Pero dichas situaciones tienen como fin el bien del orden social en su integridad. Gracias al derecho, los hombres pueden tener seguridad en las relaciones que establecen entre ellos, y pueden tener su más amplia realización ciertos valores como la justicia; aunque en la práctica, todo sistema jurídico, debido a la imperfección humana, por falta de medios, de recursos, etc., o porque no se puede ver el interior del pensamiento de los demás, no siempre pueden cumplir con el ideal de justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, también aprovechamos de criticar a don Jorge Millas al ver solamente a la seguridad jurídica detrás de varias instituciones como la prescripción, sin darse cuenta que aunque ella es de la esencia del derecho, muchos otros valores se encuentran también detrás de dichas instituciones.

Así, debemos tolerar que se atropellen los derechos legítimos de ciertas personas para proveer a la seguridad jurídica. Por ejemplo, en el caso de la institución de la prescripción, que busca que el derecho aparente se transforme en un derecho real y efectivo, para que terceros de buena fe ajenos a la relación que creó esta situación de hecho, puedan relacionarse jurídicamente con el que ha aparentado tener ese derecho. También, sirve para que a la persona a quien no se le ha cobrado un crédito pueda realizar tranquilamente

sus negocios, considerando como si esa deuda estuviese ya extinguida, ya que se puede pensar que quien no alega su derecho, por eso mismo lo ha abandonado, y sería injusto mantener en un estado de incertidumbre al directamente afectado e indirectamente a la sociedad toda.

A propósito de este tema, aprovechamos de hacer notar la observación que hiciera don Jaime Williams, en el sentido que el derecho existe como un medio para asegurar las relaciones entre las personas, como una manera para hacer frente al *alter*, ya que no tenemos certeza de cómo reaccionará. Por lo tanto, decir que existen instituciones en el derecho que se basan y proveen a la seguridad jurídica es un error, ya que no aclara que dicha seguridad es consubstancial a todo derecho, y que existe justamente para determinar las relaciones entre los seres humanos.

Sin embargo, hay que reconocer que siempre existirán casos de injusticia, como el caso del menor de edad, cuyo curador no defendió a tiempo sus derechos, o como el del que no conocía las leyes, y por eso vio cómo sus legítimas pretensiones se desvanecieron.

Pero pese a todo lo anterior, el derecho debe aceptar estas situaciones de injusticia, para que pueda predominar la seguridad. Sin embargo, al existir seguridad, la sociedad puede ser viable, y si la sociedad es viable, otros valores, de mayor envergadura, pueden concretizarse. Así, por ejemplo, la justicia puede existir donde no hay sociedad, basta con que un hombre ejecute un acto justo para que ella pueda realizarse. Pero es en una sociedad donde ella puede llegar a ser una fuerza vinculante. Por lo tanto, debido a la carencia de recursos, y a la imposibilidad de ser perfecto, el derecho debe asumir la posibilidad de pequeñas injusticias para que predomine la más amplia justicia posible.

Además, a propósito de lo anterior, vimos cuáles eran las instituciones que son imprescindible para que pueda existir la seguridad jurídica; condiciones que deben haber en todo momento, época, lugar, sin importar la condiciones económicas, sociales, culturales, religiosa, etc. Por lo tanto, son las condiciones necesarias para la existencia de un ordenamiento jurídico, ya que la seguridad jurídica es de la esencia del derecho. Dichas instituciones son : la inexcusabilidad del conocimiento del derecho (que vimos que en realidad significa que nadie se puede abstraer de su cumplimiento), la prefiguración de lo lícito e ilícito, la irretroactividad de las normas, las normas nomogenéticas o de autorregulación del derecho, la cosa juzgada y la prescripción.

En fin, por último, este trabajo lo terminamos con tres someros capítulos en que vimos ciertos tópicos como la responsabilidad civil objetiva y subjetiva, la defensa del ordenamiento jurídico de los ataques que se le infieren y las lagunas legales, desde la perspectiva que toma don Jorge Millas acerca de la relación que existe entre el derecho y los valores.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert: "El Concepto Y La Validez Del Derecho". Colección ESTUDIOS ALEMANES. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona, España. Primera edición, mayo 1.994.

Aristóteles: "La Política". Panamericana Editorial. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Segunda edición, 1.993.

Cossio, Carlos: "La Teoría Ecológica Del Derecho Y El Concepto Jurídico De Libertad". Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1.944.

De Aquino, Santo Tomás: "Suma De Teología". Separata de Introducción Al Pensamiento Jurídico. Universidad De Chile. Facultad De Derecho. Profesor: Antonio Bascuñán Valdés.

Del Vecchio, Giorgio: "Los Principios Generales Del Derecho". BOSCH, Casa Editorial. Barcelona, España. Tercera edición, 1.971.

Dworkin, Ronald: "Los Derechos En Serio". Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. Cuarta Reimpresión, marzo 1.999.

Alfredo Etcheberry: "Derecho Penal". Tomo Tercero. Parte Especial. Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Tercera edición, 1997.

Fustel De Coulanges, Numa Dionisio: "La Ciudad Antigua". Ediciones Peisa. Lima, Perú.

Gayo: "Instituciones Jurídicas de Gayo". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. 1ª Edición, julio de 2000.

Guzmán Brito, Alejandro: "Derecho Privado Romano I". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. 1ª Edición, Mayo 1996.

Hart, Herbert: "El Concepto de Derecho". Editorial ABELEDO-PERROT S.A. Argentina. Segunda Edición (Reimpresión). Año 1.977.

Kelsen, Hans: "Teoría Pura Del Derecho". EDITORIAL PORRÚA. México. Décima Edición, 1.998.

Millas, Jorge: Ensayos Sobre La Historia Espiritual De Occidente I. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 1960.

Millas Jiménez, Jorge: "Filosofía del Derecho". Editorial Universitaria. Santiago, Chile. Edición de 1961.

Millas Jiménez, Jorge: "Idea De La Filosofía". Tomo I. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 1.970.

Prieto Sanchís, Luis: "Ley, Principios, Derechos". INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS", Universidad Carlos III De Madrid. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España. 1.998.

Ross, Alf: "Sobre El Derecho Y La Justicia". Editorial Universitaria De Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. Quinta Edición, abril de 1.994.

Sergio Politoff, Francisco Grisolfía, Juan Bustos: "Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. Tercera Edición, 1993.

Solari Alliende, Enzo: "Sobre la Seguridad Jurídica". Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Valparaíso, Chile. 1993.

Squella Narducci, Agustín: "Filosofía Del Derecho". Editorial Jurídica De Chile. Santiago, Chile. 1ª Edición, 2001.

Williams Benavente, Jaime: "Lecciones De Introducción Al Derecho". Ediciones Fundación De Ciencias Humanas. Santiago, Chile. Cuarta edición, corregida y aumentada (2.003).